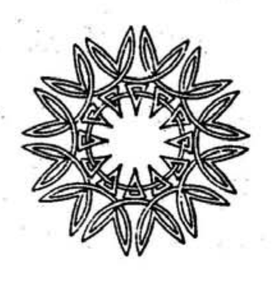


حرف الضاد

ضَأْن

انظر : غنم



ضَائع

التعريف :

١ ـ الضائع فى اللغة:من ضاع الشىء يضيع ضَيْعًا وضِيعًا وضِياعا وضَياعا ـ بكسر الضاد وفتحها فيهما ـ إذا فقد وهلك وتلف وصار مهملا .

والضيعة : العقار والجمع ضياع وضيع .

وخص أهل اللغة لفظ «ضائع» بغير الحيوان كالعيال والمال ، يقال : أضاع الرجل عياله وماله، وضيعهم إضاعة فهو مضِيع ومضَيِّع بكسر الضاد وفتحها [١] .

والمعنى الاصطلاحى لا يخرج عن المعنى اللغوي .

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ الضالة :

٢ ـ فى اللغة : الضالة الحيوان الضائع وعرف الفقهاء الضالة بأنها : نعم وجد بغير حرز محترم [٢] .

(١) الصحاح ولسان العرب والمصباح المنير وتاج العروس والمعجم الوسيط .

(٢) التاج والإكليل بهامش الحطاب ٦/ ٦٩ .

ب ـ اللقطة :

٣ ـ اللقطة : المال الضائع من ربه يلتقطه غيره أو الشيء الذى يجده المرء ملقى فيأخذه أمانة .

والفرق بين المال الملقوط والمال الضائع : أن الأول يعرف مالكه ، أما الثانى فلا ، كما أن اللقطة يخص إطلاقها بالمال أو الاختصاص المحترم ، أما الضائع فيطلق على الأموال والأشخاص [١] .

الحكم الإجمالى :

يتعلق بالضائع جملة من الأحكام الفقهية ومنها :

أ ـ ضياع المال بعد وجوب الزكاة :

٤ ـ من وجبت عليه الزكاة فلم يخرجها حتى ضاع المال فعند جمهور الفقهاء إن كان ضياعه بتفريطه أو فرط فى الإخراج بعد التمكن وجبت عليه الزكاة ، وللتفصيل ينظر : (زكاة ف ١٣٩) .

ب ـ ما يجمع فى بيت الضوائع :

٥ ـ من أقسام بيت المال بيت الضوائع ، وتجمع فيه الأموال الضائعة ونحوها من لقطة لا يعرف صاحبها أو مسروق لا يعلم صاحبه ، فتحفظ محرزة لأصحابها ، فإن حصل اليأس من معرفتهم صرف فى وجهه .

وللتفصيل ينظر مصطلح : (بيت المال ف ١٠) .

ج ـ ضمان المال الضائع :

٦ ـ اعتبر الفقهاء إضاعة المال صورة من صور الإتلاف الموجب للضمان فى كثير من أوجه المعاملات : كالعارية والوديعة والرهن واللقطة مع اختلاف بينهم فى التفصيل ، وذلك لأن إضاعة المال نوع من الإهمال المفضي إلى ضياع الحقوق على أصحابها [١] .

وللتفصيل انظر المصطلحات التالية :

(إتلاف ف ٢٨ و ٥٣ وإعارة ف ١٥ ، وضمان ، ولقطة) .



(١) حاشية القليوبى وعميرة ٣/ ١١٥ .

(١) مجمع الضمانات ص ٦٨ .

ضالَّة

التعريف :

١ - الضالة فى اللغة من ضل الشيء : خفي وغاب، وأضللتَ الشيء - بالألف - إذا ضاع منك، فلم تعرف موضعه : كالدابة والناقة وما أشبههما، فإن أخطأت موضع الشيء الثابت كالدار قلت : ضَلَلْتُه وَضَلِلْتُه، ولا تقل : أضللته بالألف .

والضالّة بالتاء : الحيوان الضائع، يطلق على الذكر والأنثى، والاثنين والجمع، وتجمع على ضَوالّ ، مثل : دابّة ودوابّ، ويقال لغير الحيوان : ضائع، ولقطة، والضال بدون التاء : الإنسان .

وقد تطلق الضالة على المعانى، ومنه حديث : «الكلمة الحكمة ضالة المؤمن» [(١)] أى لا يزال يتطلبها كما يتطلب الرجل ضالته [(٢)] .

ولا يخرج استعمال الفقهاء للفظ الضالة عن المعنى اللغوى .

ففى الاختيار : الضالة : الدابة تضل الطريق إلى مربطها، وفى كشاف القناع : الضالة : اسم حيوان خاصة، وفى المواق بهامش الحطاب : الضالة : نَعَم وجد بغير حرز محترما [(١)] .

الألفاظ ذات الصلة :

اللقطة :

٢ - فى اللغة : يقال : لقطت الشيء لقطا من باب قتل : أخذته [(٢)] .

واللقطة شرعا - ، كما عرفها بعض الفقهاء - : ما يوجد مطروحا على الأرض مما سوى الحيوان من الأموال لا حافظ له، وهذا هو تعريف الموصلى .

ومثله تعريف ابن عرفة من المالكية، قال : اللقطة : مال وجد بغير حرز محترما، ليس حيوانا ناطقا ولا نعما [(٣)] .

أما الشافعية والحنابلة فيطلقون لفظ اللقطة على الحيوان وغير الحيوان [(٤)] .

---

(١) حديث : «الكلمة الحكمة ضالة المؤمن» .
أخرجه الترمذى (٥/٥١) من حديث أبى هريرة، وقال : هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه ثم ذكر تضعيف أحد رواته .

(٢) لسان العرب والمصباح المنير، وهامش المهذب ١/٤٣٨

(١) الاختيار ٣/٣٢، وكشاف القناع ٤/٢١٠، والمواق بهامش الحطاب ٦/٦٩ .

(٢) لسان العرب والمصباح المنير مادة (لقط) .

(٣) الاختيار ٣/٣٢، والحطاب ٦/٦٩ .

(٤) نهاية المحتاج ٥/ ٤٢٢، وكشاف القناع ٤/ ٢٠٩

وعلى هذا، فإن بعض الفقهاء يفرق بين اللقـطة والضالة : باعتبار أن اللقطة تطلق على غير الحيوان، والـضـالــة تطلق على الحيوان، وبعضهم يطلق لفظ اللقطة على الجميع [١] .

الحكم الإجمالى :

٣ ـ الضـوال التى تمتنـع من صغار السباع لقـوتهـا وكـبر جثتها ـ كالإبل والبقر والخيل والبغال ـ أو تمتنع لسرعة عدوها كالظباء أو تمتنـع لطيرانها ، هذه الضوال إن كانت فى الصحـراء فإنه يحرم أخذها للتملك، وهذا عند الشافعية والحنابلة، وذلك لحديث زيد ابن خالد الجهنى رضي الله تعالى عنه : سئـل النبى ﷺ عن ضالـة الإبـل فقال : «مـالـك ولهـا، دعهـا، فإن معهـا حذاءها وسقاءها، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها» [٢] .

إلا أنه يجوز لولى الأمر أخذها على وجه الحفظ لربها، لا على أنها لقطة، فإن عمر ـ رضي الله تعالى عنه ـ حمى موضعا يقال له : النقيع لخيل المجـاهـدين والضـوال، ولأن للإمام نظرا فى حفظ مال الغائب، وفى أخذ الضوال حفظ لها عن الهلاك، ولا يلزم الإمام تعريفها، لأن عمر رضى الله تعالى عنه لم يكن يعـرّف الضوال ، ومن كانت له ضالة فإنـه يجيء إلى موضـع الضوال، فإذا عرف ضالته أقام البينة وأخذها، لكن قال السبكى من الشـافعية : إن لم يخش على الضـالـة الضياع فلا يتعرض لها ولى الأمر، بل جزم الأذرعى بتركها عند اكتفائها بالرعي والأمن عليها .

كما أجاز الشافعية فى الأصـح لغير ولى الأمر أخذها للحفظ لربها إذا خشى عليها من أخـذ خائن، فإذا أمن عليها امتنع أخذها قطعا، فإذا أخذها ضمنها لربها، ولا يبرأ إلا بردهـا للحـاكم ، لكن هذا إذا لم يعـرف صاحبها، وإلا جاز له أخذها، وتكون أمانة فى يده .

أمـا زمن النهب والفساد فيجوز التقاطها للتملك فى الصحراء وغيرها .

ويضمن كذلـكَ ـ عند الحنابلة ـ من أخذ ما حرم التقـاطـه من الضـوال إن تلف أو نقص، لعدم إذن الشارع فيه، فإن كتمـه عن ربـه ثم ثبت بإقرار أو بينة فتلف فعليه قيمتـه مرتـين لـربه نصـا، لحديث : «وفى الضـالـة المكتـومة غرامتها ومثلها معها» [١]

(١) البدائع ٦/ ٢٠٠ .

(٢) حديث زيد بن خالد : «سئل النبي ﷺ عن ضالة الإبل. . .». أخرجه البخاري (٥/ ٨٤) ومسلم (٣/ ١٣٤٩) واللفظ لمسلم .

(١) حديث : «فى الضالة المكتوبة . . .» =

وهذا حكم رسول الله ﷺ فلا يرد [1] .

ويزول الضمان برد الضالة إلى ربها إن وجده، أو دفعها إلى الإمام إن لم يجد ربها، أو ردها إلى مكانها إن أمره الإمام بذلك .

هذا بالنسبة للضوال التى بالصحراء والممتنعة من صغار السباع، أما إن وجدت بقرية : فعند الشافعية فى الأصح يجوز التقاطها للتملك، لأن فى العمران يضيع بامتداد اليد الخائنة إليه، بخلاف المفازة فإن طروقها لا يعم، ومقابل الأصح : المنع، لإطلاق الحديث، ولم يفرق الحنابلة فى الحكم بين الصحراء وغيرها .

٤ ـ أما الضوال التى لا تمتنع من صغار السباع ـ كالشاة والفصيل ـ فإنه يجوز التقاطها، سواء كانت فى الصحراء أو في العمران، وذلك صونا لها عن الخونة والسباع، وذلك عند الشافعية والحنابلة، قال ابن قدامة : إذا وجد الشاة بمصر أو بمهلكة فإنه يباح أخذها والتقاطها، هذا الصحيح من مذهب أحمد، وقول أكثر أهل العلم، قال ابن عبد البر : أجمعوا على أن ضالة الغنم فى الموضع المخوف عليها له أكلها، وكذلك الحكم في كل ما لايمتنع من صغار السباع، كفصلان الإبل وعجول البقر وأفلاء الخيل، والدجاج والأوز ونحوها يجوز التقاطه، لقول النبى ﷺ لما سئل عن الشاة : «خذها فإنما هى لك، أو لأخيك أو للذئب» [1] ولأنه يخشى عليه التلف والضياع فأشبه لقطة غير الحيوان، ولا فرق بين أن يجدها في مصر أو مهلكة، لأن النبى ﷺ قال : «خذها» ولم يفرق ولم يستفصل، ولو افترق الحال لسأل واستفصل، ولأنها لقطة فاستوى فيها المصر والصحراء، كسائر اللقطات .

وروى عن الإمام أحمد رواية أخرى : أنه لا يجوز لغير الإمام التقاطها، وقال الليث بن سعد : لا أحب أن يقربها إلا أن يحرزها لصاحبها لأنه حيوان أشبه الإبل، إلا أن جواز الأخذ مقيد عند الحنابلة بما إذا أمن نفسه على اللقطة، وقوى على تعريفها، أما من لم يأمن نفسه عليها فلا يجوز له أخذها .

ويتخير آخذ هذا النوع بين ثلاث خصال .

أ ـ أن يحفظه لربه، ويعرفه وينفق عليه مدة التعريف، ويتملكه بعد التعريف إن لم يجد ربه .

= أخرجه الأثرم كما فى كشاف القناع (٤/ ٢١٠) .

(١) كشاف القناع ٤/ ٢١٠ .

(١) حديث : «خذها فإنما هى لك أو لأخيك» .
أخرجه البخارى (٥/ ٨٣) ومسلم (٣/ ١٣٤٨) .

ب ـ أن يبيعه ويحفظ الثمن لربه، ثم يعرف الضالة التى باعها، ويتملك الثمن إن لم يجد رب الضالة .

ج ـ أن يأكله ويغرم قيمته إن ظهر مالكه، لحديث : «هى لك أو لأخيك أو للذئب» [1] .

لكن التخيير بين هذه الخصال إنما هو بالنسبة للضوال التى أخذت من الصحراء، فإن أخذت من العمران فالتخيير بين الخصلتين الأوليين، أى : الحفظ أو البيع، وليس له الأكل فى الأظهر . ومقابل الأظهر : له الأكل وهذا عند الشافعية [2] .

٥ ـ وذهب الحنفية إلى أنه يندب التقاط البهيمة الضالة للحفظ لربها، لأنها لقطة يتوهم ضياعها، فيستحب أخذها وتعريفها صيانة لأموال الناس، كالشاة، وأما قول النبي ﷺ فى ضالة الإبل : «مالك ولها، معها سقاؤها وحذاؤها، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها» [3] فقد قال السرخسى فى المبسوط : إن ذلك كان إذ ذاك لغلبة أهل الصلاح والأمانة لا تصل إليها يد خائنة، فإذا تركها وجدها، وأما فى زماننا فلا يأمن وصول يد خائنة إليها بعده، ففى أخذها إحياؤها وحفظها على صاحبها فهو أولى، فإن غلب على ظنه ضياعها وجب التقاطها، وهذا حق، للقطع بأن مقصود الشارع وصولها إلى ربها وأن ذلك طريق الوصول، لأن الزمان إذا تغير وصار طريق التلف تغير الحكم بلا شك، وهو الالتقاط للحفظ .

ويؤيد هذا ما روى عن عياض بن حمار رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال فى اللقطة : «فإن وجد صاحبها فليردها عليه، وإلا فهو مال الله عز وجل يؤتيه من يشاء» [1]

ولم يفرق الحنفية بين الشاة وغيرها في الحكم، كما أنهم لم يفرقوا بين الصحراء والعمران [2] .

٦ ـ وللمالكية تفصيل يختلف عن المذاهب الأخرى، وذلك على النحو التالى :

أولا : الضالة إذا كانت فى الصحراء :

أ ـ ضالة الإبل فى الصحراء لا يجوز

---

(١) حديث : «هى لك أو لأخيك أو للذئب» تقدم تخريجه ف ٤ .

(٢) مغنى المحتاج ٢/ ٤٠٩ ـ ٤١٠، ونهاية المحتاج ٥/ من ٤٢٩ إلى ٤٣٣، والمغنى ٥/ من ٧٣٥ إلى ٧٣٩، وكشاف القناع ٤/ ٢١٠، ٢١١، ٢١٢ .

(٣) حديث : «مالك ولها، معها سقاؤها وحذاؤها . . .» أخرجه البخارى (٥/ ٨٤) ومسلم (٣/ ١٣٤٩) واللفظ البخارى .

(١) حديث عياض بن حمار : «فإن وجد صاحبها . . .» أخرجه أبو داود (٢/ ٣٣٥) وإسناده صحيح .

(٢) ابن عابدين ٣/ ٣٢١ ـ ٣٢٢، وفتح القدير ٥/ ٣٥٤ نشر دار إحياء التراث، والاختيار ٣/ ٣٢ .

أخذها، ولو كانت فى موضع يخاف عليها من السباع أو الجوع أو العطش، لحديث النبي ﷺ : «دعها فإن معها حذاءها وسقاءها، ترد الماء وتأكل الشجر»[1] فإن تعدى وأخذها فإنه يعرفها سنة ثم يتركها بمحلها، لكن إذا خاف عليها من خائن وجب التقاطها وتعريفها .

ب ـ ضالة البقر فى الصحراء إذا كان لا يخشى عليها من السباع أو الجوع أو العطش أو السارق فإنها تترك، ولا يجوز أخذها .

وإن كان يخشى عليها من السارق فقط وجب التقاطها، وإن كان يخشى عليها من السباع أو الجوع أو العطش فإنه يأخذها، فإن أمكن سوقها للعمران وجب سوقها، وإن لم يمكن سوقها للعمران جاز له ذبحها وأكلها، ولا ضمان عليه .

فالإبل والبقر عند خوف السارق سيان فى وجوب الالتقاط، أما عند الخوف من الجوع أو السباع فإن الإبل تترك، والبقر يجوز أكلها بالصحراء إن تعذر سوقها للعمران .

ج ـ الشاة يجوز أخذها وأكلها بالصحراء إذا لم يتيسر حملها أو سوقها للعمران على المعتمد، وقيل بجواز أكلها فى الصحراء ولو مع تيسر سوقها للعمران، وهو ظاهر المدونة .

وإن أتى بها حية للعمران وجب تعريفها لأنها صارت كاللقطة، ولو ذبحها فى الصحراء ولم يأكلها حتى دخل العمران فلا يجوز له أكلها إلا إذا لم يعرف ربها، ولم يتيسر بيعها .

ثانيا : الضالة إذا كانت فى العمران :

إذا كانت الضالة في العمران فإنه يجب التقاطها عند خوف الخائن، دون تفريق بين إبل وخيل وبقر وغير ذلك[1] .

هذا وللتفصيل ينظر مصطلح : (لقطة) .

ضَبّ

انظر : أطعمة

(١) حديث : «دعها فإن معها حذاءها وسقاءها، ترد الماء وتأكل الشجر» أخرجه مسلم (٣/ ١٣٤٩) .

(١) الفواكه الدوانى ٢/ ٢٤٢ ـ ٢٤٣، والدسوقى ٤/ ١٢٢

ضَبَّــة

انظر : آنيــة

ضَبْــع

انظر : أطعمـة

ضُحَــى

انظر : صلاة الضحــى

ضَـحِك

التعريف :

١ ـ الضحك في اللغة : مصدر : ضحك بكسر الحاء ، والضحك : انبساط الوجه، وبـدوّ الأسنـان من السرور [١]، والتبسم مبادىء الضحـك، ويستعمـل فى السرور المجـرد، نحـو قولـه تعـالى : ﴿وجوه يومئذ مسفـرة ضاحكـة مستبشرة﴾ [٢]، واستعمل للتعجب المجرد [٣].

ولا يخرج التعـريف الاصطلاحى عن التـعـريف اللغـوي، وقـد حده بعض الفقهاء : بأنه ما يكون مسموعا له لا لجيرانه [٤].

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ القهقهــة :

٢ ـ فى اللغة : قهقه : أى رجّع فى ضحكه،

---

(١) المغرب للمطرزى (ص : ٢٨) ط . دار الكتاب العربى

(٢) سورة عبس / ٣٨ ، ٣٩

(٣) تاج العروس ٧/ ١٥٥ ط . دار البيان . بنغازى .

(٤) التعريفات ص ١٧٩ ط دار الكتاب العربى .

أو اشتد ضحكه [١]. وحده الجرجانى : بما يكون مسموعا له ولجيرانه [٢].

ب ـ التبسم :

٣ ـ هو: ما عرى عن الصوت، وهو مبادىء الضحك، وتبدو فيه الأسنان فقط [٣].

الحكم التكليفى :

٤ ـ الضحك إما أن يكون تبسما أو قهقهة، والأصل فيه : أنه إن كان تبسما جاز باتفاق العلماء، بل كان من فعله ﷺ، وقد حث عليه ﷺ ، فقد ورد من حديث عبد الله بن الحارث رضى الله عنه أنه قال : (ما كان ضحك رسول الله ـ ﷺ ـ إلا تبسما) [٤] وقال الرسول ﷺ : «تبسمك فى وجه أخيك لك صدقة» [٥] وأما الضحك قهقهة فقد كرهه الفقهاء ونهوا عن كثرته، فقد قال ﷺ : «لا تكثروا الضحك ، فإن كثرة الضحك تميت القلب» [٦] وقال ثابت البنانى : ضحك

(١) ترتيب القاموس المحيط ٤/ ٧٠٨ ط . الدار العربية للكتاب .

(٢) التعريفات للجرجانى (ص ٢٣٠) ط دار الكتاب العربى .

(٣) رد المحتار على الدر المختار ١/ ٩٨ .

(٤) حديث : «ما كان ضحك رسول الله ﷺ إلا تبسما» .
أخرجه الترمذى (٥/ ٦٠١) وقال : (حديث صحيح غريب) .

(٥) حديث : «تبسمك فى وجه أخيك لك صدقة» .
أخرجه الترمذي (٤/ ٣٤٠) وقال : حديث حسن غريب .

(٦) حديث : «لا تكثروا الضحك ، فإن كثرة الضحك تميت القلب» . =

المؤمن من غفلته يعنى غفلته عن أمر الآخرة، ولولا غفلته لما ضحك [١].

الضحك داخل الصلاة :

٥ ـ الضحك بصوت ، يفسد الصلاة عند جمهور الفقهاء إن ظهر حرفان فأكثر، أو حرف مفهم من المصلى، فالبطلان فيها من جهة الكلام المشتملة عليه ، والكلام فى الصلاة مبطل لها [٢].

والمقابل للأصح عند الشافعية : أنها لا تبطل بذلك مطلقا، لكونه لا يسمى فى اللغة كلاما، ولا يتبين منه حرف محقق، فكان شبيها بالصوت الغفل [٣].

أما الضحك بغير صوت وهو التبسم ، فلا تفسد الصلاة به عند جمهور الفقهاء لأنه لم يحدث فيها كلام [٤]، ولما روى عن جابر رضى الله عنه قال : «بينما كنا نصلى مع رسول الله ﷺ فى غزوة بدر إذ تبسم في صلاته، فلما قضى الصلاة قلنا : يارسول الله ! رأيناك تبسمت . قال : «مرّ بى ميكائيل وعلى

= أخرجه ابن ماجه (٢/ ١٤٠٣) من حديث أبى هريرة، وصحح إسناده البوصيرى فى مصباح الزجاجة (٢/ ٣٣٦) .

(١) تنبيه الغافلين للسمرقندى (١/ ٢١٦ ط . دار الشروق) .

(٢) ابن عابدين ١/ ٩٧ ـ ٩٨ ط . بولاق. مواهب الجليل ٢/ ٣٤، نهاية المحتاج ٢/ ٣٤، المغنى ٢/ ٥١ .

(٣) نهاية المحتاج ٢/ ٣٤، والمغنى ٢/ ٥١ .

(٤) رد المحتار على الدر المختار ١/ ٩٨، مواهب الجليل ٢/ ٣٣، نهاية المحتاج ٢/ ٣٤ .

جناحه أثر غبار وهو راجع من طلب القوم، فضحك إليّ، فتبسمت إليه»[١] .

وقد قسم الإقفهسى، من المالكية الضحك إلى وجهين : بغير صوت، وهو التبسم، وبصوت، وهو المراد بقول الرسالة : ومن ضحك فى الصلاة أعادها ولم يعد الوضوء. وقال أصبغ كذلك : لا شىء عليه فى التبسم، إلا الفاحش منه شبيه بالضحك، فأحب إلي أن يعيد فى عمده، ويسجد فى سهوه[٢] .

ضِرَاب الفَحْل

انظر : عسب الفحل

ضِرَار

انظر : ضرر

(١) حديث : «بينما كان يصلى العصر فى غزوة بدر إذ تبسم» . أورده الهيثمى فى مجمع الزوائد (٦/ ٨٣) وقال : (رواه أبو يعلى، وفيه الوازع بن نافع وهو متروك) .

(٢) مواهب الجليل ٢/ ٣٣ .

ضَرْب

التعريف :

١ - يطلق الضرب لغة: على معان منها : الإصابة باليد، أو السوط، أو بغيرهما، يقال : ضربه بيده أو بالسوط يضربه ضربا : علاه به، والسير فى الأرض ابتغاء الرزق، أو الغزو فى سبيل الله، وصياغة النقود، وطبعها، وتضعيف أحد العددين بالآخر[١] ، ومعان أخرى ، منها ضرب الدفّ .

ولا يخرج المعنى الاصطلاحى للضرب عن هذه المعانى اللغوية .

الألفاظ ذات الصلة :

أ - التأديب :

٢ - التأديب مصدر أدّبه تأديبا : إذا عاقبه على إساءته بالضرب، أو بغيره .

ب - التعزير :

٣ - التعزير: عقوبة غير مقدرة شرعا تجب حقا لله أو لآدمى في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة غالبا[٢] .

(١) لسان العرب، والمصباح المنير .

(٢) المبسوط ٩/ ٣٦، والقليوبى ٤/ ٢٠٥، وكشاف القناع ٤/ ٢٠٥

ج ـ القتـل :

٤ ـ القتل إزهاق الروح بالضرب أو بغيره .

الحكم التكليفى :

٥ ـ تختلف أحكام الضرب باختلاف المعانى التى يطلق عليها :

فالضرب بالسـوط أو اليد، أو بغيرهما : يختلف باختـلاف سببـه، وتعتريه الأحكام التالية : فتارة يكون حراما، كضرب البرىء ، وتـارة يكون واجبا، كضرب شارب المسكر، والـزاني غير المحصن لإقـامة الحد عليهما ، وضرب القـاذف بطلب المقـذوف، باتفـاق الفقهـاء، وبـدون طلبـه ـ أيضـا ـ عنـد بعـضـهـم، وضرب ابن عشر سنـين لترك الصلاة، ونحوها .

وتـارة يكـون جائزا كضرب الزوج زوجته لحقـه، كالنشـوز وغـيره، وضرب المعلم الـصـبي للتـعـليم، وضرب السلطان من ارتكب محظورا لا حد فيه، ولا كفارة، على خلاف بين الفقهاء فى الوجوب والجواز .

والتفصيل : فى مصـطلحات : (حدود ف ٣١، تأديب ف ٨ تعزير ف ١٤) .

أداة الضـــرب :

٦ ـ لا خلاف بين الفقهاء فى أن الضرب فى الحدود يكون بالسوط إلا حد الشرب، فقد اختلفوا فيه، فذهب بعضهم إلى أنه يضرب بالسوط، كما يضرب أيضا بالنعال والأيدى، وأطراف الثياب، واستدلوا بما ورد من حديث أبى هريرة قال : «أتى النبى ﷺ بسكران فأمر بضربـه ، فمنـا من يضربـه بيده، ومنا من يضربه بنعله، ومنا من يضربه بثوبه» [١] .

وذهب آخـرون إلى أنـه يتعيّن السوط ، وقـالـوا : يفهم من إطـلاق الجلد الضرب بالسـوط، ولأنه ﷺ جلد في الخمر [٢] . كما أمـر الله بجلد الـزانى، فكان بالسوط مثله والخلفاء الراشدون ضربوا بالسوط فكان ذلك إجماعا .

أما الضرب للتعزير، أو التأديب فيكون بالسوط ،واليد، وأما ضرب الصبىّ فى التأديب فليس للولي الضرب بسـوط ونحـوه وإنـما يضرب بيد، ولا يجاوز ثلاثا، وكذا : المعلم والوصىّ [٣] لقوله ﷺ لمرداس المعلم : «إيّاك أن تضرب فوق الثلاث، فإنك إن ضربت فوق

(١) حديث أبى هريرة : أتى النبى ﷺ بسكران. . .».
أخرجه البخاري (١٢ / ٧٥) .

(٢) حديث «أن رسول الله ﷺ جلد فى الخمر».
أخرجه البخارى (١٢/ ٦٦) من حديث أنس بن مالك .

(٣) ابن عابدين ١/ ٢٣٥ ، والرهونى ٨/ ١٦٤ ، والمغنى ٨/ ٣١٩

ثلاث اقتص الله منك»[١] .

والتفصيل فى مصطلح : (شرب، وحدود ف ٣١، وتعزير ف ١٤ وتأديب ف ٨ .

صفة سوط الضرب :

٧ - يكون سوط الضرب في الحدود والتعازير وسطا بين قضيب، وعصا، ورطب، ويابس، لما روى : «أن رجلا اعترف على نفسه بالزنا في عهد رسول الله ﷺ فدعا له رسول الله ﷺ بسوط فأتي بسوط مكسور فقال : «فوق هذا»، فأتى بسوط جديد لم تقطع ثمرته فقال : «دون هذا»، فأتى بسوط قد ركب به ولان، فأمر به رسول الله ﷺ فجلد[٢] » .

وكذلك الضرب يكون وسطا لا شديدا فيقتل، ولا ضعيفا فلا يردع، لأن المقصود تأديبه، لا قتله[٣] .

(١) حديث : «إياك أن تضرب فوق الثلاث» .
أورده ابن عابدين فى الحاشية (١/ ٢٣٥) وعزاه إلى أحكام الصفار للاستروشيني ولم نهتد إليه فى أى مصدر من المصادر الحديثية لدينا .

(٢) حديث «أن رجلا اعترف على نفسه بالزنى فى عهد رسول الله ﷺ» أخرجه مالك فى الموطأ (٢/ ٨٢٥) من حديث زيد بن أسلم مرسلا .

(٣) ابن عابدين ٣/ ١٨١، حاشية الدسوقى ٤/ ٣٥٤ - ٣٥٥، والقليوبى ٤/ ٢٠٢ - ٢٠٣ .

كيفية الضرب :

٨ - يفرّق الضرب على الأعضاء، فلا يجمع على عضو واحد، ويتقى المقاتل، كالوجه، والرأس، والنحر، والفرج .

وأشد الضرب فى الحدود : ضرب الزانى ، ثم ضرب حدّ القذف، ثم ضرب حدّ الشرب، ثم ضرب التعزير وإلى هذا ذهب الحنابلة. وقال الحنفية : أشد الضرب : ضرب التعزير؛ لأنه خفف عددا فلا يخفف وصفا، ثم ضرب حدّ الزنى لثبوته بالكتاب، ثم حدّ الشرب لثبوته بإجماع الصحابة، ثم ضرب حدّ القذف لضعف سببه لاحتمال صدق القاذف[١] وقال مالك : كلها واحد لأن الله تعالى شأنه أمر بجلد الزانى ، والقاذف أمرا واحدا، والمقصود منها واحد، وهو الزجر فيجب تساويها فى الصفة .

والتفصيل فى مصطلح : (حدود ف ٣١، وتعزير ف ١٤) .

ضرب الزوجة :

٩ - يجب فى ضرب الزوجة للنشوز أو لغيره : أن يكون الضرب غير مبرّح، ولا مُدْمٍ، وأن يتوقى الوجه، والأماكن المخيفة، ولا يضربها

(١) المصادر السابقة .

إلا لما يتعلق بحقه كالنشوز، فلا يضربها لحق الله عند جمهور الفقهاء، كترك الصلاة .

(ر : نشوز) .

ضرب الدراهم :

١٠ - ضرب الدراهم من المصالح العامة المنوطة بالإمام فليس للأفراد ضربها، لما يترتب على ذلك من مخاطر الغش ، ومنع الإمام أحمد من الضرب بغير إذن الإمام، لما فى ذلك من الافتيات عليه .

والتفصيل فى مصطلح : (دراهم ف ٧) .

ضرب الدفّ :

١١ - يجوز ضرب الدفّ لعرس وختان وعيد مما هو سبب لإظهار الفرح [١] ، لحديث عائشة - رضى الله عنها - : قالت : قال رسول الله ﷺ : «أعلنوا هذا النكاح ، واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه الدفوف» [٢] .

وعن عائشة رضى الله عنها أنها زفت امرأة إلى رجل من الأنصار فقال نبى الله ﷺ : «يا عائشة ما كان معكم لهو؟ ، فإن الأنصار يعجبهم اللهو» [١] وحديث : «فصل ما بين الحلال والحرام الدفّ، والصوت» [٢] وعن عائشة - رضى الله عنها - : «أن أبا بكر دخل عليها وعندها جاريتان فى أيام منى : تدففان وتضربان، والنبى ﷺ متغش بثوبه، فانتهرهما أبو بكر، فكشف النبى ﷺ عن وجهه، فقال : «دعهما يا أبا بكر ، فإنها أيام عيد» [٣] .

والتفصيل فى : (لهو، وليمة، عرس) .



---

(١) المغنى ٧/ ١٠ ، فتح القدير ٢/ ٣٤٣، شرح مختصر الخليل ١/ ٣٢٦ و ١٠٣، والقليوبى ٤/ ٣٢٠ .

(٢) حديث : «أعلنوا هذا النكاح . . .».
أخرجه الترمذى (٣/ ٣٨٩ - ٣٩٠) وضعف إسناده ابن حجر فى الفتح (٩/ ٢٢٦) .

---

(١) حديث عائشة «أنها زفت امرأة إلى رجل من الأنصار . . .».
أخرجه البخارى (٩/ ٢٢٥) .

(٢) حديث : «فصل ما بين الحرام والحلال . . .».
أخرجه الترمذى (٣/ ٣٨٩) من حديث محمد بن حاطب، وحسنه الترمذى

(٣) حديث عائشة : «أن أبا بكر دخل عليها وعندها جاريتان . . .»
أخرجه البخارى (٢/ ٤٧٤) ومسلم (٢/ ٦٠٨) .

ضَـــرَر

التعـريف :

١ ـ الضرر: اسم من الضر، وقد أطلق على كل نقص يدخـل الأعيان، والضر ـ بفتـح الضـاد ـ لغة: ضد النفـع، وهو النقصان، يقال: ضره يضره إذا فعل به مكروها وأضر به، يتعدى بنفسه ثلاثيا وبالباء رباعيا.

قال الأزهري : كل ما كان سوء حال وفقر وشدة في بدن فهو ضرّ بالضم، وما كان ضد النفع فهو بفتحها [١].

ولا يخرج استعـمال الفقهاء للفظ الضرر عن المعنى اللغوى [٢].

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ الإتلاف :

٢ ـ الإتـلاف فى اللغة: الإفناء يقال: تلف المال يتلف إذا هلك، وأتلفه: أفناه، وهو فى اصـطلاح الفقهـاء: إخـراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة [٣].

(١) القـامـوس المحيط والمصبـاح المنير وقـواعد الفقه للمجددى البركتى، والكليات للكفوى ١٤٧/٣.

(٢) حاشية الجمل ٢٠٦/٥.

(٣) القـاموس، المصباح المنير، البدائع ١٦٤/٧، وانظر الموسوعة الفقهية ٢١٦/١.

فهـو فى اللغة لايطلق إلا على ما أصابه العدم، فإذا تعطل الشيء ولم يمكن الانتفاع به عادة كان تالـفـا لدى الـفـقهـاء دون اللغـويين، وعـلى هذا فالإتـلاف نوع من الضرر وبينهما عموم وخصوص وجهى.

ب ـ الاعتداء :

٣ ـ الاعتـداء فى اللغـة وفي الاصـطلاح: الـظلم وتجاوز الحدّ يقال: اعتدى عليه إذا ظلمه، واعتدى على حقه أي جاوز إليه بغير حق [١].

وعـلى هذا فالاعتـداء نوع من أنواع الضرر وفرع عنه.

الحكم التكليفى :

٤ ـ الأصـل تحريم سائـر أنواع الضرر إلا بدليل، [٢] وتزداد حرمته كلما زادت شدته، وقد شهدت على ذلك النصوص الشرعية الكثيرة منها:

قولـه تعالى: ﴿لاتضار والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾ [٣].

وقوله تعالى: ﴿ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا﴾ [٤].

(١) الموسوعة الفقهية ٢٠٢/٥.

(٢) فيض القدير للمناوى ٤٣١/٦.

(٣) سورة البقرة / ٢٣٣.

(٤) سورة البقرة / ٢٣١.

وقال رسول الله ﷺ : «لاضرر ولا ضرار»،[1] وهـذا الحديث يشمل كل أنواع الضرر لأن الـنكـرة فى سياق النفى تعم، وفيه حذف أصلـه لا لحوق أو إلحاق، أولا فعل ضرر أو ضرار بأحـد فى ديننا : أى لايجوز شرعا إلا لموجب خاص [2] .

أما إدخال الضرر على أحد يستحقه لكونه تعـدى حدود الله فيعـاقب بقـدر جريمته، أولكـونـه ظلم نفسـه وغيره فيطلب المظلوم مقابلته بالعدل فهذا غير مراد بالحديث قطعا [3] .

كما أن الضرر يباح استثناء فى أحوال أخرى، ضبـطتهـا بعض القواعد الفقهية من أمثال قاعدة «الضرورات تبيح المحظورات»، وقاعدة «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف» وما إلى ذلك من القواعد التى يأتى ذكرها.

القواعد الفقهية الضابطة لأحكام الضرر:

٥ ـ لقد عنى الفقهاء كثيرا بدراسة موضوع الضرر ومعـالجـة آثاره، وذلك لما له من أهمية بالغـة فى استقـرار العـلاقـات بين الناس، وقعّـدوا لذلـك مجموعة من القواعد الفقهية الكلية تضبطه، وتوضح معالمه العامة وتنظم آثاره، وأهم هذه القواعد هى :

الضـرر يزال :

٦ ـ أصـل هذه القـاعدة قول النبى ﷺ : «لاضرر ولا ضرار» [1] ويبـتـنـى على هذه القاعدة كثير من أبواب الفقه فمن ذلك الرد بالعيب، وجميع أنواع الخيارات، والحجر بسائر أنواعه، والشفعة، وما إلى ذلك [2] .

ويتعلق بهذه القاعدة قواعـد :

٧ ـ **الأولى** : الضرورات تبيح المحظورات : ومن ثم جاز أكل الميتة عند المخمصة وإساغة اللقمة بالخمر.

وزاد الشـافعية على هذه القاعدة «بشرط عدم نقصانها عنها» [3] .

٨ ـ **الثـانية** : «مـا أبيح للضرورة يقـدر بقـدرهـا» ومن فروعها: المضطر لايأكل من الميتـة إلا قدر سد الرمق، والطعام فى دار الحرب يؤخذ على سبيل الحاجة ؛لأنه إنما أبيح للضرورة، قال فى الكنز: وينتفع فيها بعلف وطعـام وحـطب وسـلاح ودهن بلا قسمة،

---

(١) حديث: «لاضرر ولا ضرار».
أخـرجـه مالـك فى الموطأ (٢/٧٤٥) من حديث يحيى المازنى مرسلا، ولكن له شواهد موصولة يتقوى بها، ذكرها ابن رجب فى جامع العلوم والحكم
(ص ٢٨٦ ـ ٢٨٧) وحسنه النووى.
(٢) فيض القدير ٦/٤٣١.
(٣) جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلى ص ٢٨٨.

---

(١) حديث: «لاضرر ولا ضرار»
سبق تخريجه ف٤.
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٤ (نشر دار الفكر بدمشق)
(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٤، والأشباه للسيوطى ص ٨٤.

وبعد الخروج منها لاينتفع بها وما فضل رد إلى الغنيمة [1].

وللتفصيل: (ر: ضرورة).

الضرر لايزال بمثله.

٩ - هذه القاعدة مقيدة لقاعدة «الضرر يزال» بمعنى أن الضرر مهما كان واجب الإزالة، فإزالته إما بلا ضرر أصلا أو بضرر أخف منه، كما هو مقتضى قاعدة «الضرر الأشد يزال بالأخف» وأما إزالة الضرر بضرر مثله أو أشد فلا يجوز، وهذا غير جائز عقلا - أيضا - لأن السعي فى إزالته بمثله عبث.

ومن فروع هذه القاعدة مالو أكره على قتل المسلم بالقتل مثلا لا يجوز؛ لأن هذا إزالة الضرر بضرر مثله، بخلاف أكل ماله فإنه إزالة الضرر بما هو أخف.

ومنها لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة، أو أدخل البقر رأسه فى قدر، أو أودع فصيلا فكبر فى بيت المودع ولم يمكن إخراجه إلا بهدم الجدار، أو كسر القدر، أو ذبح الدجاجة، يضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل؛ لأن الأصل أن الضرر الأشد يزال بالأخف [2].

(١) الأشباه لابن نجيم ص ٣٤ (ط: المطبعة الحسينية المصرية)، والأشباه للسيوطى ٨٤.

(٢) شرح المجلة للأتاسى ١/٦٣ - ٦٤ المادة (٢٥) و (٩٠٦).

يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام:

١٠ - هذه القاعدة مقيدة لقاعدة «الضرر لايزال بمثله» أى لايزال الضرر بالضرر إلا إذا كان أحدهما عاما والآخر خاصا، فيتحمل حينئذ الضرر الخاص لدفع الضرر العام.

وهذه قاعدة مهمة من قواعد الشرع مبنية على المقاصد الشرعية فى مصالح العباد استخرجها المجتهدون من الإجماع ومعقول النصوص، قال الأتاسى نقلا عن الغزالي: إن الشرع إنما جاء ليحفظ على الناس دينهم وأنفسهم وعقولهم وأنسابهم وأموالهم، فكل مايكون بعكس هذا فهو مضرة يجب إزالتها ما أمكن وإلا فتأييدا لمقاصد الشرع يدفع فى هذا السبيل الضرر الأعم بالضرر الأخص [1].

إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما:

١١ - هذه القاعدة وقاعدة «الضرر الأشد يزال بالأخف» وقاعدة «يختار أهون الشّرين» متحدات والمسمى واحد وإن اختلف التعبير وما يتفرع عليها يتفرع على أختيها.

ومن فروعها جواز شق بطن الميتة لإخراج الولد إذا كانت ترجى حياته [2].

(١) شرح المجلة للأتاسى ١/٦٦ المادة (٢٦).

(٢) الأشباه لابن نجيم ص ٣٥ (ط: المطبعة الحسينية)، وشرح المجلة للأتاسى ١/٦٩.

استعمال الحق بالنظر إلى مايؤول إليه من أضرار:

١٢ - يقول الشاطبي: جلب المصلحة أو دفع المفسدة إذا كان مأذونا فيه على ضربين:

أحدهما: أن لا يلزم عنه إضرار الغير.

والثاني: أن يلزم عنه ذلك، وهذا ضربان: أحدهما:

أن يقصد الجالب أو الدافع ذلك الإضرار كالمرخّص فى سلعته قصدا لطلب معاشه، وصحبه قصد الإضرار بالغير.

والثاني: أن لا يقصد إضرارا بأحد، وهو قسمان:

أحدهما: أن يكون الإضرار عاما كتلقي السلع وبين الحاضر للبادي والامتناع عن بيع داره أو فدانه، وقد اضطر إليه الناس لمسجد جامع أو غيره.

والثاني: أن يكون خاصا وهو نوعان:

أحدهما: أن يلحق الجالب أو الدافع بمنعه من ذلك ضرر، فهو محتاج إلى فعله، كالدافع عن نفسه مظلمة يعلم أنها تقع بغيره، أو يسبق إلى شراء طعام، أو مايحتاج إليه، أو إلى صيد أو حطب أو ماء أو غيره عالما أنه إذا حازه تضرر غيره بعدمه، ولو أخذ من يده تضرر.

والثاني: أن لايلحقه بذلك ضرر وهو على ثلاثة أنواع:

الأول: مايكون أداؤه إلى المفسدة قطعيا، أعنى القطع العادى كحفر البئر خلف الدار فى الظلام، بحيث يقع الداخل فيه، وشبه ذلك.

والثاني: مايكون أداؤه إلى المفسدة نادرا كحفر البئر بموضع لا يؤدى غالبا إلى وقوع أحد فيه، وأكل الأغذية التى غالبا لاتضر أحدا وما أشبه ذلك.

والثالث: مايكون أداؤه إلى المفسدة كثيرا لانادرا وهو على وجهين:

أحدهما: أن يكون غالبا كبيع السلاح من أهل الحرب، والعنب من الخمّار، وما يغش به ممن شأنه الغش، ونحو ذلك.

والثاني: أن يكون كثيرا لاغالبا كمسائل بيوع الآجال.

فهذه ثمانية أقسام.

القسم الأول: استعمال الحق بحيث لايلزم عنه مضرة:

استعمال الحق إذا لم يلزم عنه مضرة بالغير - حكمه أنه باق على أصله من الإذن ولا إشكال فيه ولا حاجة إلى الاستدلال عليه لثبوت الدليل على الإذن ابتداء.

القسم الثاني: استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير:

لا إشكال فى منع القصد إلى الإضرار من

حيث هو إضرار لثبوت الدليل على أنه لاضرر ولا ضرار فى الإسلام [١].

والضابط الكلى فى استعمال الحق هو ماذكره الغزالي حيث يقول: أن لايحب لأخيه إلا مايحب لنفسه، فكل مالو عومل به شق عليه وثقل على قلبه فينبغى أن لايعامل به غيره [٢].

وجاء فى معين الحكام فى شرح حديث «لاضرر ولا ضرار» فنهى النبى ﷺ أن يتعمد أحدهما الإضرار بصاحبه وعن أن يقصدا ذلك جميعا [٣].

وفيما يلى نذكر بعض الفروع الفقهية تطبيقا لهذا النوع من استعمال الحق:

الإضرار فى الوصية:

١٣ - روى الدارقطنى من حديث ابن عباس رضى الله عنهما مرفوعا «الإضرار فى الوصية من الكبائر» [٤] وورد من حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضارّان فى الوصية فتجب لهما النار» [١] قال شهر بن حوشب [٢] (راوى الحديث) ثم قرأ علىّ أبو هريرة ﴿من بعد وصية يوصَى بها أودين غير مضار﴾ إلى قوله ﴿وذلك الفوز العظيم﴾ [٣]

والإضرار فى الوصية تارة يكون بأن يخص بعض الورثة بزيادة على فرضه الذى فرضه الله له فيتضرر بقية الورثة بتخصيصه، ولهذا قال النبى ﷺ: «إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث» [٤] وتارة بأن يوصى لأجنبى بزيادة على الثلث فينقص حقوق الورثة، ولهذا قال النبى ﷺ «الثلث، والثلث كثير» [٥] ومتى أوصى لوارث أو لأجنبى بزيادة على الثلث لم ينفذ ما أوصى به إلا بإجازة الورثة [٦].

وللفقهاء خلاف وتفصيل فى رد وصية الموصى إذا قصد بوصيته المضارة ينظر فى مصطلح: (وصية).

---

(١) الموافقات للشاطبى ٣٤٨/٢ وما بعدها (نشر المكتبة التجارية الكبرى).

(٢) إحياء علوم الدين ٧٦/٢.

(٣) معين الحكام ص٢٤٤ (ط. الميمنية).

(٤) تفسير القرطبى ٢٥٢/٢ وحديث: «الإضرار فى الوصية من الكبائر» أخرجه الدارقطنى (١٥١/٤) والبيهقى (٢٧١/٦) وصوب البيهقى وقفه على ابن عباس.

---

(١) حديث: «إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة..» أخرجه الترمذى (٤٣١/٤) وأشار المناوى إلى تضعيفه فى فيض القدير (٣٣٥/٢).

(٢) تفسير الجصاص ٢٠١/١ (المطبعة البهية المصرية).

(٣) سورة النساء /١٢ - ١٣.

(٤) حديث: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه...» أخرجه الترمذى (٤٣٣/٤) من حديث أبى أمامة، وحسنه ابن حجر فى التلخيص (٩٢/٣).

(٥) حديث: «الثلث والثلث كثير» أخرجه البخارى (٢٦٩/٧) ومسلم (١٢٥٠/٣).

(٦) جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلى ص ٢٨٨.

الإضرار بالرجعة :

١٤ - من طلق زوجته ثم راجعها وكان قصده بالرجعة المضارّة فإنه آثم بذلك، وقد نهى الله سبحانه وتعالى عن هذا التصرف بقوله: ﴿ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه﴾ [1] يقول الطبرى فى تفسير هذه الآية: ولا تراجعوهن إن راجعتموهن فى عددهن مضارة لهن لتطولوا عليهن مدة انقضاء عددهن، أو لتأخذوا منهن بعض ما آتيتموهن بطلبهن الخلع منكم لمضارتكم إياهن، بإمساككم إياهن ومراجعتكموهن ضرارا واعتداء [2].

وبهذا تبين أن الله سبحانه وتعالى نهى الأزواج أن يمسكوا زوجاتهم بقصد إضرارهن بتطويل العدة، أو أخذ بعض مالهن، والنهى يفيد التحريم فتكون الرجعة محرمة فى هذه الحالة [3].

وللفقهاء تفصيل وخلاف فى حكم الرجعية فى هذه الحالة. ينظر فى مصطلح: (رجعة ف ٤).

١٥ - ومن صور الإضرار: الإيلاء، وغيبة الزوج، والحبس، فيفرق بين الزوجين دفعا للضرر، بشروطه على تفصيل وخلاف فيه. وانظر مصطلح: (إيلاء، وطلاق، وفسخ، وغيبة، ومفقود).

(١) سورة البقرة / ٢٣١.
(٢) تفسير الطبرى ٥ / ٧ - ٨ (نشر دار المعارف)
(٣) جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٢٨٨.

الإضرار في الرضاع :

١٦ - إن رغبت الأم فى إرضاع ولدها أجيبت وجوبا سواء كانت مطلقة أم فى عصمة الأب على قول جمهور الفقهاء، لقوله تعالى: ﴿لاتضارّ والدة بولدها﴾ [1] والمنع من إرضاع ولدها مضارّة لها [2].

وقيل: إن كانت الأم فى حبال الزوج فله منعها من إرضاع ولدها إلا أن لايمكن ارتضاعه من غيرها، ولكن إنما يجوز له ذلك إذا كان قصد الزوج به توفير الزوجة للاستمتاع، لا مجرد إدخال الضرر عليها [3]، ويلزم الأب إجابة طلب المطلقة فى إرضاع ولدها مالم تطلب زيادة على أجرة مثلها، أما إن طلبت زيادة على أجرة مثلها زيادة كبيرة، ووجد الأب من يرضعه بأجرة المثل لم يلزم الأب إجابتها إلى ما طلبت، لأنها تقصد المضارّة [4].

(١) سورة البقرة / ٢٣٣.
(٢) المغنى ٧ / ٦٢٧، وأسنى المطالب ٣ / ٤٤٥، والدسوقى ٢ / ٥٢٦، وابن عابدين ٢ / ٦٧٥ - ٦٧٦، وجامع العلوم والحكم ص ٢٨٩.
(٣) جامع العلوم والحكم لابن رجب ص ٢٨٩.
(٤) نفس المرجع.

وللتفصيل: (ر: رضاع) .

الإضرار فى البيع :

١٧ -من أمثلة الضرر فى البيوع بيع الرجل على بيع أخيه، والسوم والشراء على شراء أخيه، والنجش وتلقى الجلب أو الركبان، وبيع الحاضر للبادى، وبيع المضطر [١] وينظر أحكام هذه البيوع فى (بيع منهى عنه : ف ١٠٠ - ١٣٢ .

١٨ - ومما يندرج فى القسم الثانى حسب تقسيمات الشاطبى : استعمال صاحب الحق حقه لتحقيق مصلحة مشروعة له على وجه يتضرر منه غيره.

يقول الشاطبى: لكن يبقى النظر فى العمل الذى اجتمع فيه قصد نفع النفس، وقصد إضرار الغير هل يمنع منه فيصير غير مأذون فيه، أم يبقى على حكمه الأصلى من الإذن ويكون عليه إثم ماقصد ؟

هذا مما يتصور فيه الخلاف على الجملة، وهو جار فى مسألة الصلاة فى الدار المغصوبة ، مع ذلك فيحتمل الاجتهاد فيه.

وهو أنه إما أن يكون إذا رفع ذلك العمل وانتقل إلى وجه آخر فى استجلاب تلك المصلحة، أودرء تلك المفسدة جعل له ما أراد أولا، فإن كان كذلك فلا إشكال فى منعه منه، لأنه لم يقصد غير الإضرار، وإن لم يكن محيص عن تلك الجهة التى يستضر منها الغير، فحق الجالب أو الدافع مقدم وهو ممنوع من قصد الإضرار، ولا يقال: إن هذا تكليف بما لا يطاق، فإنه إنما كلف بنفى قصد الإضرار وهو داخل تحت الكسب لا بنفى الإضرار بعينه [١].

١٩ - ومن فروع هذا النوع ماذكره التسولى، فيمن أراد أن يحفر بئرا فى ملكه ويضر بجدار جاره، : وأما إن وجد عنه مندوحة ولم يتضرر بترك حفره فلا يمكّن من حفره لتمحض إضراره بجاره حينئذ [٢].

ومذهب الحنابلة ومتأخرى الحنفية قريب من مذهب المالكية فى هذا الصدد، إذ هم يقيدون حق المالك فى التصرف بملكه بما يمنع الإضرار الفاحش عن جاره فقد جاء فى المغنى: ليس للجار التصرف فى ملكه تصرفا يضر بجاره، نحو أن يبنى فيه حماما بين الدور، أو يفتح خبازا بين العطارين [٣].

والزيلعى من الحنفية يقرر هذا المعنى ويقول : إن للإنسان أن يتصرف فى ملكه

---

(١) جامع العلوم والحكم ص ٢٨٩ - ٢٩٠.

(١) الموافقات ٢/ ٣٤٩.

(٢) البهجة فى شرح التحفة ٢/ ٣٣٦.

(٣) المغنى لابن قدامة ٤/ ٥٧٢

ماشاء من التصرفات مالم يضر بغيره ضررا ظاهرا . . . . ولو أراد بناء تنّور فى داره للخبز الدائم، كما يكون فى الدكاكين، أورحا للطحن، أو مدقات للقصارين لم يجز، لأن ذلك يضر بالجيران ضررا ظاهرا فاحشا لايمكن التحرز منه، والقياس أنه يجوز لأنه تصرف فى ملكه، وترك ذلك استحسانا لأجل المصلحة [١] .

القسم الثالث : لحوق الضرر بجالب المصلحة أو دافع المفسدة عند منعه من استعمال حقه :

٢٠ - هذا لا يخلو أن يلزم من منعه الإضرار به بحيث لاينجبر أولا ، فإن لزم قدم حقه على الإطلاق [٢] .

ومن فروع هذا النوع ماذكره ابن قدامة من أنه إذا اشتدت المخمصة فى سنة المجاعة وأصابت خلقا كثيرا، وكان عند بعض الناس قدر كفايته وكفاية عياله، لم يلزمه بذله للمضطرين، وليس لهم أخذه منه لأن ذلك يفضى إلى وقوع الضرر به ولا بدفعه عنهم، وكذلك إن كانوا فى سفر ومعه قدر كفايته من غير فضلة، لم يلزمه بذل مامعه للمضطرين، لأن البذل فى هذه الحالة يفضى إلى هلاك نفسه وهلاك عياله فلم يلزمه، كما لو أمكنه إنجاء الغريق بتغريق نفسه، ولأن فى بذله إلقاء بيده إلى التهلكة، وقد نهى الله عن ذلك [١] .

أما إذا أمكن انجبار الإضرار ورفعه جملة فاعتبار الضرر العام أولى فيمنع الجالب أو الدافع مما همّ به، لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة بدليل النهى عن تلقى السلع وعن بيع الحاضر للبادى، واتفاق السلف على تضمين الصناع مع أن الأصل فيهم الأمانة، وقد زادوا فى مسجد رسول الله ﷺ من غيره مما رضى أهله ومالا، وذلك يقضى بتقديم مصلحة العموم على مصلحة الخصوص لكن بحيث لايلحق الخصوص مضرة (لاتنجبر) [٢] وهو مفاد قاعدة «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام» [٣] .

القسم الرابع : دفع الضرر بالتمكين من المعصية :

٢١ - فمن ذلك الرشوة على دفع الظلم إذا لم يقدر على دفعه إلا بذلك، وإعطاء المال للمحاربين وللكفار فى فداء الأسرى،

(١) تبيين الحقائق للزيلعى ١٩٦/٤ .
(٢) الموافقات ٣٤٩/٢ .

(١) المغنى ٦٠٣/٨ .
(٢) الموافقات ٢/ ٢٥٠ والذى بين القوسين من التعليقات على الموافقات .
(٣) مجلة الأحكام العدلية المادة (٢٦)، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٦ نشر دار الفكر بدمشق .

ولما نِعى الحاجّ حتى يؤدوا خراجا، كل ذلك انتفاع أو دفع ضرر بتمكين من المعصية، ومن ذلك طلب فضيلة الجهاد، مع أنه تعرض لموت الكافر على الكفر، أو قتل الكافر المسلم، بل قال عليه الصلاة والسلام: «والذى نفسى بيده لوددت أنى أقتل فى سبيل الله ثم أحيا ثم أقتل» [1] ولازم ذلك دخول قاتله النار، وقول أحد ابنى آدم ﴿إنى أريد أن تبوء بإثمى وإثمك﴾ [2] بل العقوبات كلها جلب مصلحة أو دره مفسدة يلزم عنها إضرار الغير، إلا أن ذلك كله إلغاء لجانب المفسدة لأنها غير مقصودة للشارع فى شرع هذه الأحكام، ولأن جانب الجالب والدافع أولى [3].

القسم الخامس: التصرف المفضى إلى المفسدة قطعًا:

٢٢ - المفروض فى هذا الوجه أنه لايلحق الجالب للمصلحة أو الدافع للمفسدة ضرر، ولكن أداءه إلى المفسدة قطعى عادة فله نظران:

نظر من حيث كونه قاصدا لما يجوز أن يقصد شرعا من غير قصد إضرار بأحد، فهذا من هذه الجهة جائز لامحظور فيه.

ونظر من حيث كونه عالماً بلزوم مضرة الغير لهذا العمل المقصود مع عدم استضراره بتركه، فإنه من هذا الوجه مظنة لقصد الإضرار، لأنه فى فعله إما فاعل لمباح صرف لايتعلق بفعله مقصد ضرورى ولا حاجى ولا تكميلى فلا قصد للشارع فى إيقاعه من حيث يوقع، وإما فاعل لمأموربه على وجه يقع فيه مضرة مع إمكان فعله على وجه لايلحق فيه مضرة وليس للشارع قصد فى وقوعه على الوجه الذى يلحق به الضرر دون الآخر.

وعلى كلا التقديرين فتوخيه لذلك الفعل على ذلك الوجه مع العلم بالمضرة لابد فيه من أحد أمرين: إما تقصير فى النظر المأمور به وذلك ممنوع، وإما قصد إلى نفس الإضرار وهو ممنوع - أيضا - فيلزم أن يكون ممنوعا من ذلك الفعل، لكن إذا فعله يعد متعديا بفعله ويضمن ضمان المتعدى على الجملة [1].

القسم السادس: التصرف المفضى إلى المفسدة نادرا:

٢٣ - المفروض فى هذا الوجه أن الجالب أو

---

(١) حديث: «والذى نفسىء بيده لوددت...»
أخرجه البخارى (فتح البارى ٦/١٦ ط. السلفية) من حديث أبى هريرة.

(٢) سورة المائدة/ ٢٩.

(٣) الموافقات ٢/ ٣٥٠ وما بعدها.

(١) الموافقات للشاطبى ٢/ ٣٥٠، ٣٥٧، ٣٥٨.

الدافع لايقصد الإضرار بأحد إلا أنه يلزم عن فعله مضرة بالغير نادرا، فهو على أصله من الإذن، لأن المصلحة إذا كانت غالبة فلا اعتبار بالندور فى انخرامها، إذ لاتوجد فى العادة مصلحة عرية عن المفسدة جملة، إلا أن الشارع إنما اعتبر فى مجارى الشرع غلبة المصلحة ولم يعتبر ندور المفسدة إجراء للشرعيات مجرى العاديات فى الوجود، ولايعد ـ هنا ـ قصد القاصد إلى جلب المصلحة أو دفع المفسدة ـ مع معرفته بندور المضرة عن ذلك ـ تقصيرا فى النظر ولا قصدا إلى وقوع الضرر، فالعمل إذن باق على أصل المشروعية، والدليل على ذلك أن ضوابط المشروعات هكذا وجدناها: كالقضاء والشهادة فى الدماء والأموال والفروج مع إمكان الكذب والوهم والغلط، وكذلك إعمال الخبر الواحد والأقيسة الجزئية فى التكاليف مع إمكان إخلافها والخطأ فيها من وجوه، لكن ذلك نادر فلم يعتبر واعتبرت المصلحة الغالبة [١].

القسم السابع: التصرف المؤدى إلى المفسدة ظنا:

٢٤ ـ قد يكون التصرف وسيلة موضوعة للمباح إلا أنه يظن أداؤه إلى المفسدة فيحتمل

(١) الموافقات ٢/٣٥٨.

الخلاف، أما أن الأصل الإباحة والإذن فظاهر، وأما أن الضرر والمفسدة تلحق ظنا فهل يجرى الظن مجرى العلم فيمنع من الوجهين المذكورين أم لا؛ لجواز تخلفهما وإن كان التخلف نادرا؟ لكن اعتبار الظن هو الأرجح، ولايلتفت إلى أصل الإذن والإباحة لأمور:

أحدها: أن الظن فى أبواب العمليات جار مجرى العلم فالظاهر جريانه هنا [١].

والثانى: قوله تعالى: ﴿ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم﴾ [٢] فحرم الله تعالى سب آلهة المشركين مع كون السب غيظا وحمية لله وإهانة لآلهتهم، لكونه ذريعة إلى سبهم الله تعالى وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم، وهذا كالتنبيه بل كالتصريح على المنع من الجائز لئلا يكون سببا فى فعل مالا يجوز [٣].

القسم الثامن: التصرف المؤدى إلى المفسدة كثيرا:

٢٥ ـ إذا كان أداء التصرف إلى المفسدة كثيرا لا غالبا ولا نادرا، فهو موضع نظر والتباس

(١) الموافقات ٢/٣٥٩، وإعلام الموقعين لابن القيم ٣/١٣٦.
(٢) سورة الأنعام /١٠٨.
(٣) إعلام الموقعين لابن القيم ٣/١٣٧.

واختلف الفقهاء فى حكمه.

فيرى فريق من الفقهاء أن الأصل فيه الحمل على الأصل من صحة الإذن، لأن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفيان، إذ ليس - هنا - إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الآخر، واحتمال القصد للمفسدة، والإضرار لايقوم مقام نفس القصد ولا يقتضيه.

وذهب الفريق الآخر إلى المنع من مثل هذا التصرف، لأن القصد لاينضبط فى نفسه لأنه من الأمور الباطنة لكن له مجال - هنا - وهو كثرة الوقوع فى الوجود أوهو مظنة ذلك، فكما اعتبرت المظنة وإن صح التخلف، كذلك نعتبر الكثرة لأنها مجال القصد [١].

وللتفصيل: (ر: سد الذرائع).

دفع الضرر بترك الواجب :

٢٦ - المعهود فى الشريعة دفع الضرر بترك الواجب إذا تعين طريقا لدفع الضرر كالفطر فى رمضان ، وترك ركعتين من الصلاة لدفع ضرورة السفر، وكذلك يستعمل المحرم لدفع الضرر كأكل الميتة لدفع ضرر التلف، وتساغ الغصة بشرب الخمر كذلك، وذلك كله لتعين الواجب أو المحرم طريقا لدفع الضرر.

(١) الموافقات للشاطبى ٢ / ٣٦١.

أما إذا أمكن تحصيل الواجب، أو ترك المحرم مع دفع الضرر بطريق آخر من المندوبات أو المكروهات فلا يتعين ترك الواجب ولا فعل المحرم ، ولذلك لايترك الغسل بالماء، ولا القيام فى الصلاة ولا السجود لدفع الضرر والألم والمرض، إلا لتعينه طريقا لدفع ذلك الضرر، وهذا كله قياس مطرد [١].

وجوب دفع الضرر :

٢٧ - قال الحصكفى : يجب قطع الصلاة لإغاثة ملهوف وغريق وحريق [٢] ويقول ابن عابدين : المصلى متى سمع أحدًا يستغيث وإن لم يقصده بالنداء، أو كان أجنبيا وإن لم يعلم ماحل به، أو علم وكان له قدرة على إغاثته قطع الصلاة فرضا كانت أو غيره [٣].

وفى الجملة يجب إغاثة المضطر بإنقاذه من كل مايعرضه للهلاك من غرق أو حرق، فإن كان قادرا على ذلك دون غيره وجبت الإعانة عليه وجوبا عينيا ، وإن كان ثم غيره كان ذلك واجبا كفائيا على القادرين، فإن قام به أحد سقط عن الباقين وإلا أثموا جميعا [٤]

(١) الفروق للقرافى ٢ / ١٢٣.
(٢) الدر المختار ١ / ٤٤٠.
(٣) ابن عابدين ١ / ٤٧٨.
(٤) الموسوعة الفقهية إعانة ف ٥

وهذا محل اتفاق بين الفقهاء، وإنما اختلفوا فى تضمين من امتنع عن دفع الضرر عن المضطر مع قدرته على ذلك، فيرى أكثر الفقهاء أن كل من رأى إنسانا فى مهلكة فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك لم يلزمه ضمانه، وقد أساء؛ لأنه لم يهلكه، ولم يكن سببا فى هلاكه كما لو لم يعلم بحاله .

وذهب المالكية وأبو الخطاب من الحنابلة إلى أن الممتنع مع القدرة يلزمه الضمان، لأنه لم ينجه من الهلاك مع إمكانه، فيضمنه كما لو منعه الطعام والشراب [1] .

والتفصيل فى : (ضمان) .

الحجر لدفع الضرر:

٢٨ - يحجر على بعض الناس الذين تكون مضرتهم عامة، كالطبيب الجاهل، والمفتى الماجن،والمكارى المفلس، لأن الطبيب الجاهل يسقى الناس فى أمراضهم دواء مخالفا يفسد أبدانهم لعدم علمه، ومثله المفتى الماجن وهو الذى يعلم الحيل الباطلة، كتعليم المرأة الردة لتبين من زوجها، أو لتسقط عنها الزكاة، ثم تسلم، وكالذى يفتى عن جهل، وكذا المكارى المفلس، لأنه يأخذ الكراء أولا ليشترى بها الجمال والظهر ويدفعه إلى بعض ديونه مثلا ،فإن كل واحد من هؤلاء مضر بالعامة ، الطبيب الجاهل يهلك أبدانهم ،والمفتى الماجن يفسد عليهم أديانهم ، والمكارى المفلس يتلف أموالهم فيحجر على هؤلاء، لكن المراد من الحجر المنع من إجراء العمل لامنع التصرفات القولية، والمنع فى هذه الحالة من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر [1] .

(ر: حجر ف ٢٢) .

التفريق لضرر عدم الإنفاق .

٢٩ - ذهب المالكية والشافعية فى الأظهر والحنابلة فى قول إلى أن الزوج إذا أعسر بالنفقة فالزوجة بالخيار إن شاءت صبرت وأنفقت على نفسها من مالها أو مما اقترضته، وإن شاءت رفعت أمرها إلى القاضى وطلبت فسخ نكاحها [2] .

وروى نحو ذلك عن عمر وعلى وأبى هريرة، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وربيعة وحماد ويحيى

---

(١) المغنى ٨٣٤/٨ - ٨٣٥، والدسوقى ٢٤٢/٤ و ١١٢/٢، ومغنى المحتاج ٥/٤، والاختيار ١٧٥/٤، وبدائع الصنائع ٢٣٤/٧، ٢٣٥ .

(١) شرح المجلة للأتاسى ٥٢٢/٣ المادة (٩٦٤)، وابن عابدين ٩٣/٥ .

(٢) الدسوقى ٥١٨/٢، ومغنى المحتاج ٤٤٢/٣، والمغنى ٥٧٣/٧ .

القطان وعبد الرحمن بن مهدى وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور [٥] .

ويرى الحنفية وعطاء والزهرى وابن شبرمة أن من أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما، ويقال لها : استديني .

ولمعرفة أحكام الفرقة بسبب ضرر فقد الزوج أوغيبته (ر: مفقود، غيبة، وفسخ، وطلاق) .

ضَـرّة

انظر: قسم بين الزوجات

ضِـرْس

انظر: سـن

(٥) المغنى ٧/٥٧٣.

ضَرُورَة

التعريف :

١ - الضرورة فى اللغة : اسم من الاضطرار، والاضطرار: الاحتياج الشديد[١]. تقول: حملتنى الضرورة على كذا وكذا، وقد اضطر فلان إلى كذا وكذا .

وعرفها الجرجانى : بأنها النازل مما لامدفع له [٢] .

وهي عند الفقهاء : بلوغ الإنسان حدا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب، كالمضطر للأكل واللبس بحيث لو بقى جائعا أو عريانا لمات، أو تلف منه عضو، وهذا يبيح تناول المحرم [٣] .

الألفاظ ذات الصلة :

أ - الحاجة :

٢ - الحاجة فى اللغة : تطلق على الافتقار، وعلى مايفتقر إليه .

(١) لسان العرب، والمصباح المنير .

(٢) التعريفات للجرجانى .

(٣) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (١/ ٢٧٧ ط . دار الكتب العلمية) والمنثور فى القواعد للزركشى ٢/ ٣١٩ .

واصطلاحا: هى كما عرفها الشاطبى - ما يفتقر إليه من حيث التوسعة، ورفع الضيق المؤدى - فى الغالب - إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل على المكلفين - على الجملة - الحرج والمشقة [(١)].

قال الزركشي وغيره: والحاجة كالجائع الذى لو لم يجد مايأكل لم يهلك، غير أنه يكون فى جهد ومشقة وهذا لايبيح المحرم [(٢)].

والفرق بين الحاجة والضرورة، أن الحاجة وإن كانت حالة جهد ومشقة فهى دون الضرورة، ومرتبتها أدنى منها ولايتأتى بفقدها الهلاك [(٣)].

ب - الحرج :

٣ - الحرج فى اللغة: بمعنى الضيق، ويطلق عند الفقهاء على كل ماتسبب فى الضيق، سواء أكان واقعا على البدن أم على النفس أم عليهما معا [(٤)].

والصلة بين الضرورة والحرج أن الضرورة هى أعلى أنواع الحرج الموجبة للتخفيف [(١)].

جـ - العذر :

٤ - العذر نوعان: عام، وخاص .

والعذر العام: هو الذى يتعرض له الشخص غالبا في بعض الأحوال كفقد الماء للمسافر، فيسقط قضاء الصلاة، وقد يكون نادرا، وهو إما أن يدوم كالحدث الدائم والاستحاضة والسلس ونحوه، فيسقط القضاء أيضا ، أما النادر الذى لايدوم ولابدل معه كفقد الطهورين ونحوه، فيوجب القضاء عند بعض الفقهاء .

وأما العذر الخاص: فهو مايطرأ للإنسان أحيانا، كالانشغال بأمر مًا عن أداء الصلاة، فهذا يوجب القضاء [(٢)].

والصلة بين الضرورة وبين العذر أن العذر نوع من المشقة المخففة للأحكام الشرعية، وهو أعم من الضرورة .

د - الجائحة :

٥ - الجائحة فى اللغة: الشدة، تجتاح المال من سنة أو فتنة وهى مأخوذة من الجوح بمعنى الاستئصال والهلاك، يقال: جاحتهم

(١) الموافقات ٢/ ١٠ - ١١، والموسوعة الفقهية ١٦/ ٢٤٧ .
(٢) المنثور فى القواعد للزركشى ٢/ ٣١٩، وغمز عيون البصائر ١/ ٢٧٧ .
(٣) الموسوعة الفقهية ١٦/ ٢٤٧ .
(٤) الموسوعة الفقهية ١٧/ ٢٦٨ .

(١) الموسوعة الفقهية ١٧/ ١٧٠ .
(٢) المنثور فى القواعد للزركشى ٢/ ٣٧٥ - ٣٧٦ .

الجائحة واجتاحتهم، وجاح الله ماله وأجاحه بمعنى: أى أهلكه بالجائحة [1].

والجائحة قد تكون سببا للضرورة.

هـ - الإكراه:

٦ - الإكراه لغة: حمل الغير على شيء لايرضاه، يقال: أكرهت فلانا إكراها: حملته على مالا يحبه ويرضاه.

وعرفه البزدوى بأنه: حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير خائفا به.

(ر: إكراه ف١).

وقد يؤدى الإكراه إلى الضرورة كالإكراه الملجىء.

الأدلة الشرعية على اعتبار الضرورة فى الأحكام:

٧ - الأحكام الشرعية نوعان: أحكام كلية شرعت ابتداء، ولاتختص ببعض المكلفين من حيث هم مكلفون دون بعض، ولاببعض الأحوال دون بعض.

وأحكام شرعت لعذر شاق استثناء من أصل كلى يقتضى المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه [2].

وقد ورد فى الكتاب والسنة مايدل على مشروعية العمل بالأحكام الاستثنائية بمقتضى الضرورة، وتأيد ذلك بمبدأى اليسر وانتفاء الحرج اللذين هما صفتان أساسيتان فى دين الإسلام وشريعته.

أما القرآن الكريم ففيه عدة آيات تدل على مشروعية العمل بمقتضى الضرورة واعتبارها فى الأحكام.

منها قوله تعالى: ﴿إنما حَرَّم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولاعاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم﴾ [1].

وقوله تعالى: ﴿وما لكم ألا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصَّل لكم ما حرَّم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾ [2].

فهاتان الآيتان، وغيرهما تبين تحريم تناول مطعومات معينة كالميتة ونحوها، كما أنها تتضمن استثناء حالة الضرورة حفاظا على النفس من الهلاك، والاستثناء من التحريم - كما قال البزدوى - إباحة، إذ الكلام صار عبارة عما وراء المستثنى، وقد كان مباحا قبل التحريم، فيبقى على ماكان فى حالة الضرورة [3].

(١) الصحاح والقاموس ولسان العرب والمصباح المنير مادة (جوح) والموسوعة الفقهية (مصطلح: جائحة ف ١)

(٢) الموافقات للشاطبى ١/ ٣٠٠ - ٣٠١

(١) سورة البقرة / ١٧٣

(٢) سورة الأنعام / ١١٩

(٣) كشف الأسرار ٤/ ١٥١٨.

وأما الأحاديث فكثيرة منها.

ما رواه أحمد عن أبي واقد الليثى أنهم قالوا: «يا رسول الله، إنا بأرض تصيبنا بها المخمصة فمتى يحل لنا الميتة؟ قال: إذا لم تصطبحوا، ولم تغتبقوا، ولم تحتفئوا، فشأنكم بها» [١].

وعن جابر بن سمرة أن أهل بيت كانوا بالْحَرَّة محتاجين قال: «فماتت عندهم ناقة لهم أو لغيرهم، فرخص لهم النبى ﷺ فى أكلها، قال: فعصمتهم بقية شتائهم أو سنتهم» [٢].

وقد دل الحديثان على أنه يجوز للمضطر أن يتناول من الميتة مايكفيه.

٨ ـ شروط تحقق الضرورة:

يشترط للأخذ بمقتضى الضرورة مايلى:

أ ـ أن تكون الضرورة قائمة لامنتظرة، وتظهر هذه القاعدة فى الفروع الفقهية المبنية على الرخص منها:

يشترط الفقهاء لتحقق الإكراه خوف المكره إيقاع ما هدد به فى الحال بغلبة ظنه [١]، وبناء على هذا الشرط فقول المكره «لأقتلنك غدا» ليس بإكراه [٢].

قال الشيخ عميرة: لو كانت الحاجة غير ناجزة فهل يجوز الأخذ لما عساه يطرأ؟ الظاهر لا، كاقتناء الكلب لما عساه يكون من الزرع ونحوه [٣].

يقول الشاطبى: الصواب الوقوف مع أصل العزيمة، إلا فى المشقة المخلة الفادحة فإن الصبر أولى، مالم يؤد ذلك إلى دخل فى عقل الإنسان أو دينه، وحقيقة ذلك أن لايقدر على الصبر، لأنه لايؤمر بالصبر إلا من يطيقه، فأنت ترى بالاستقراء أن المشقة الفادحة لايلحق بها توهمها، بل حكمها أخف بناء على أن التوهم غير صادق فى كثير من الأحوال فإذا: ليست المشقة بحقيقية، والمشقة الحقيقية هى العلة الموضوعة للرخصة فإذا لم توجد كان الحكم غير لازم [٤].

ب ـ ألا يكون لدفع الضرورة وسيلة أخرى إلا مخالفة الأوامر والنواهى الشرعية قال

---

(١) حديث أبي واقد الليثى: «يارسول الله، إنا بأرض تصيبنا بها المخمصة».

أخرجه أحمد (٥/ ٢١٨)، وقال الهيثمى فى مجمع الزوائد (٤/ ١٦٥): «رواه أحمد بإسنادين رجال أحدهما رجال الصحيح». والمعنى لم تجدوا ألبتة تصطبحونها، أو شربا تغتبقونه ولم تجدوا بعد عدم الصبوح والغبوق بقلة تأكلونها حلت لكم الميتة.

نيل الأوطار: (٤/ ١٥١ ط: دار القلم).

(٢) نيل الأوطار (٨/ ١٥٦، ١٥٨ الحلبى).

وحديث: «جابر بن سمرة أن أهل بيت كانوا بالحرَّة».

أخرجه أحمد (٥/ ٨٧).

---

(١) الدر المختار ٥/ ٨٠، ومغنى المحتاج ٣/ ٢٨٩

(٢) مغنى المحتاج ٣/ ٢٩٠.

(٣) حاشية عميرة ٢/ ١٤٢.

(٤) الموافقات ١/ ٣٣٦.

أبـو بكـر الجصـاص عنـد تفسيره لقول الله تعالى: ﴿وقد فصل لكم ماحرّم عليكم إلا ما اضـطررتـم إليـه﴾ [١]. معنى الضرورة - هنا -: هو خوف الضرر على نفسه أو بعض أعضـائـه بتركـه الأكـل وقـد انـطوى تحتـه معنيان:

أحدهما: أن يحصل فى موضع لايجد غير الميتة.

والثانى: أن يكـون غيرها موجودا، ولكنه أكره على أكلها بوعيد يخاف منه تلف نفسه أو تلف بعض أعضائه، وكلا المعنيين مراد بالآية عندنا [٢].

ج - يجب على المـضـطر مراعـاة قدر الضرورة، لأن ماأبيح للضرورة يقدر بقدرها، وتفريعا على هذا الأصل قرر جمهور الفقهاء أن المضطر لايأكل من الميتة إلا قدر سد الرمق [٣].

د - يجب على المضطر أن يراعى عند دفع الضرورة مبدأ درء الأفسد فالأفسد، والأرذل فالأرذل، فمن أكره على قتل مسلم بحيث لو امتنع منه قتل يلزمه أن يدرأ مفسدة القتل بالصبر على القتل، لأن صبره على القتل أقل

(١) سورة الأنعام / ١١٩.
(٢) أحكام القرآن للجصاص ١/ ١٥٠ ط. البهية.
(٣) غمـز عيون البصـائـر ١/ ٢٧٦ - ٢٧٧ نشر دار الكتب العلمية - بيروت.

مفسدة من إقدامه عليه، وإن قدر على دفع المكـروه بسبب من الأسباب لزمـه ذلـك، لقدرته على درء المفسدة، وإنما قدم درء القتل بالصـبر، لإجماع العلماء على تحريم القتل، واختـلافهم فى الاستسـلام للقتـل فوجب تقديم درء المفسدة المجمع على وجوب درئها على درء المـفسـدة المـختلف فى وجـوب درئها [١].

هـ - ألا يقدم المضطر على فعل لايحتمل الرخصة بحال [٢].

قال ابن عابـدين: الإكراه على المعاصى أنواع:

نوع يرخص له فعله ويثـاب على تركه، كإجراء كلمة الكفر، وشتم النبى ﷺ، وترك الصلاة، وكل مايثبت بالكتاب.

ونوع يحرم فعله ويأثم بإتيانه كالزنى وقتل مسلم، أو قطع عضـوه، أو ضربـه ضربـا متلفا، أو شتمه أو أذيته [٣].

وللتفصيل فى أقسـام الرخصة والأحكام المتعلقة بها (ر: مصطلح: رخصة).

٩ - حالات الضرورة:

بتتبع عبارات الفقهاء والمفسرين يتبين أن

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١/ ٧٩.
(٢) بدائع الصنائع ٧/ ١٧٧.
(٣) حاشية ابن عابدين ٥/ ٨٣.

أهم حالات الضرورة عبارة عن :-

١ - الاضطرار إلى تناول المحرم من طعام أو شراب .

٢ - الاضطرار إلى النظر واللمس للتداوى .

٣ - الاضطرار إلى إتلاف نفس أو فعل فاحشة .

٤ - الاضطرار إلى أخذ مال الغير وإتلافه .

٥ - الاضطرار إلى قول الباطل [١] .

١٠ - **الحالة الأولى: الاضطرار إلى تناول المحرم من طعام أو شراب :**

لاخلاف بين الفقهاء فى إباحة أكل الميتة ونحوها للمضطر [٢] . للأدلة السابقة .

إلا أنهم اختلفوا فى المقصود بإباحة الميتة، ومقدار مايأكله المضطر من الميتة ونحوها،

(١) انظر تفسير القرطبى ٢/ ٢٢٥ ، وأحكام القرآن لابن العربى ١/ ٥٥ ط . عيسى الحلبى . هذا وقد ذكر بعض المعاصرين المرض، والسفر، والنسيان والجهل، والعسر وعموم البلوى والنقص ضمن حالات الضرورة، والواقع أن هذه الحالات وما شابهها وإن كانت من الأعذار التى جعلت سببا للتخفيف عن العباد إلا أنها لا تنتهى فى جميع صورها إلى حد الضرورة .

وللتفصيل فى الأحكام المتعلقة بهذه الأعذار ر : مصطلح تيسير ف ٣١ - ٤١ ورفع الحرج، ورخصة .

(٢) المغنى لابن قدامة ٨/ ٥٩٥ والقوانين الفقهية ص ١٧٨ نشر الدار العربية للكتاب ، وأحكام القرآن لابن العربى ١/ ٥٥، ومغنى المحتاج ٤/ ٣٠٦، وأحكام القرآن للجصاص ١/ ١٤٧ ط . البهية .

وتفصيل المحرمات التي تبيحها الضرورة وترتيبها عند التعدد، وأثر الضرورة فى رفع حرمة الميتة ونحوها، وفيما يلى تفصيل هذه المسائل الخلافية :

أ - الميتة :

إذا كان للمضطر أكل الميتة ونحوها فى حالة الاضطرار، سواء كان هذا الاضطرار بجوع أو عطش فى مخمصة، أو بإكراه من ظالم، فهل يجب عليه تناولها أم يجوز له الامتناع من الأكل حتى يموت؟ .

ذهب الحنفية - فى ظاهر الرواية - والمالكية والشافعية - فى أحد الوجهين - والحنابلة - على الصحيح من المذهب - إلى أن المضطر يجب عليه أكل الميتة [١] .

وقالوا: إن الذى يخاف الهلاك من الجوع والعطش إذا وجد ميتة أو لحم خنزير أو دما فلم يأكل ولم يشرب حتى مات وهو يعلم أن ذلك يسعه كان آثما [٢] ، قال الله سبحانه وتعالى: ﴿ولاتلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾ [٣] ، ولاشك أن الذي يترك تناول الميتة ونحوها حتى يموت يعتبر قاتلاً لنفسه

(١) ابن عابدين ٥/ ٢١٥ ، والدسوقى ٢/ ١١٥ ، والمغنى ٨/ ٥٩٦ ، واختيارات ابن تيمية ص ٣٢١ ، والمقنع ٣/ ٥٣١ ، والمهذب ١/ ٢٥٠ .

(٢) المبسوط للسرخسى ٢٤/ ١٥١ ، وابن عابدين ٥/ ٢١٥ .

(٣) سورة البقرة / ١٩٥ .

ملقيا بها إلى التهلكة، لأن الكف عن التناول فعل منسوب إلى الإنسان، ولأنه قادر على إحياء نفسه بما أحله الله له، فلزمه كما لو كان معه طعام حلال [١].

وقال كل من الحنابلة والشافعية - في وجه - وأبو يوسف - فى رواية عنه - إن المضطر يباح له أكل الميتة، ولايلزمه، فلو امتنع عن التناول فى حالة الضرورة ومات، فلا إثم ولا حرج عليه، لما روى عن عبد الله بن حذافة السهمي صاحب رسول الله ﷺ «أن طاغية الروم حبسه في بيت، وجعل معه خمرا ممزوجا بماء ولحم خنزير مشوى ثلاثة أيام، فلم يأكل ولم يشرب، حتى مال رأسه من الجوع والعطش وخشوا موته، فأخرجوه فقال: قد كان الله أحله لى لأني مضطر ولكن لم أكن لأشمتك بدين الإسلام» [٢].

ولأن إباحة الأكل رخصة فلا تجب عليه، كسائر الرخص، ولأن له غرضا في اجتناب النجاسة والأخذ بالعزيمة، وربما لم تطب نفسه بتناول الميتة، وفارق الحلال فى الأصل من هذه الوجوه [٣].

(١) المغنى ٨/ ٥٩٦ .

(٢) قصة عبد الله بن حذافة السهمي أخرجها ابن عساكر فى تاريخ دمشق (ترجمة عبد الله بن حذافة ص ١٣٤ - ١٣٥ ط . دار الفكر) وفى إسنادها انقطاع بين عبد الله بن حذافة والراوى عنه وهو الزهرى .

(٣) تبين الحقائق ٥/١٨٥ والمغنى ٨/٥٩٦ ط الرياض والمهذب ١/ ٢٥٠

مقدار مايأكله المضطر من الميتة ونحوها:

اتفق الفقهاء على أن المضطر يباح له أكل مايسد الرمق ويأمن معه الموت، كما اتفقوا على أنه يحرم مازاد على الشبع [١]. واختلفوا فى الشبع .

فذهب الحنفية والشافعية - فى الأظهر عندهم - والحنابلة - فى أظهر الروايتين - وابن الماجشون، وابن حبيب من المالكية: إلى أن المضطر لا يأكل من الميتة إلا قدر سد الرمق، ولا يباح له الشبع، لأن آية: ﴿فمن اضطر غير باغ ولاعاد فلا إثم عليه﴾ [٢] دلت على تحريم الميتة، واستثنت ما اضطر إليه، فإذا اندفعت الضرورة لم يحل له الأكل للآية، يحققه أن حاله بعد سد رمقه كحاله قبل أن يضطر، وثمّ لم يبح له الأكل كذا ههنا [٣].

وقال المالكية على المعتمد عندهم، والشافعية فى قول، والحنابلة فى الرواية الثانية: إن المضطر يباح له الشبع لإطلاق الآية، ولما روى جابر بن سمرة أن رجلا نزل الْحَرَّة فنفقت عنده ناقة، فقالت له امرأته:

(١) المغنى ٨/ ٥٩٥، ومغني المحتاج ٤/ ٣٠٧ .

(٢) سورة البقرة / ١٧٣ .

(٣) غمز عيون البصائر ١/ ٢٧٧، ومغني المحتاج ٤/ ٣٠٧، والأشباه للسيوطى ص ٨٤، والمغني ٨/ ٥٩٥، والقرطبي ٢/ ٢٢٨، والدسوقي ٢/ ١١٥ .

اسلخها حتى نقدد شحمها ولحمها ونأكله، فقال: حتى أسأل رسول الله ﷺ فسأله فقال: «هل عندك غنى يغنيك؟» قال: لا، قال: «فكلوها»[١] ولم يفرق ولأن ماجاز سد الرمق منه جاز الشبع منه كالمباح، ولأن الضرورة ترفع التحريم فيعود مباحا، ومقدار الضرورة إنما هو من حالة عدم القوت إلى حالة وجوده حتى يجد[٢].

قال ابن قدامة: يحتمل أن يفرق بين ما إذا كانت الضرورة مستمرة وبين ما إذا كانت مرجوة الزوال، فما كانت مستمرة كحالة الأعرابي الذي سأل رسول الله ﷺ جاز الشبع، لأنه إذا اقتصر على سد الرمق عادت الضرورة إليه عن قرب، ولايتمكن من البعد مخافة الضرورة المستقبلة ويفضي إلى ضعف بدنه، وربما أدى ذلك إلى تلفه، بخلاف التى ليست مستمرة فإنه يرجو الغنى عنها بما يحل[٣].

ب ـ ذبح الحيوان غير المأكول للضرورة:

كل حيوان حى من الحيوانات التى لا تؤكل يحل للمضطر قتله بذبح أو بغير ذبح، للتوصل إلى أكله.

قال الجصاص عند تفسيره لآيات الضرورة: ذكر الله تعالى الضرورة فى هذه الآيات، وأطلق الإباحة فى بعضها، لوجود الضرورة من غير شرط ولا صفة، وهو قوله تعالى ﴿وقد فصّل لكم ما حرّم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾[١] فاقتضى ذلك وجود الإباحة بوجود الضرورة فى كل حال وجدت الضرورة فيها[٢].

ج ـ تناول ماحرّم من غير الحيوان:

تناول ماحرّم من غير الحيوان نوعان:

أحدهما: ما حرّم لكونه يقتل الإنسان إذا تناوله كالسموم، فإنه لا تبيحه الضرورة، لأن تناوله استعجال للموت، وقتل للنفس، وهو من أكبر الكبائر.

والآخر: ما حرّم لنجاسته ويمثل له الفقهاء بالترياق المشتمل على خمر ولحوم حيات: (ر: سمّ).

د ـ شرب الخمر لضرورة العطش والغَصَص:

يجوز للمضطر شرب الخمر إن لم يجد

---

(١) حديث جابر بن سمرة: «أن رجلا نزل الحرّة..» أخرجه أبو داود (٤/ ١٦٦ ـ ١٦٧).

(٢) حاشية الدسوقى ٢/ ١١٥، وأحكام القرآن لابن العربي ١/ ٥٥ ـ ٥٦ ومغنى المحتاج ٤/ ٣٠٧، والمغني ٨/ ٥٩٥.

(٣) المغنى ٨/ ٥٩٥.

(١) سورة الأنعام / ١١٩.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ١/ ١٤٧ ط. المطبعة البهية، والمجموع ١/ ٤٣ ـ ٤٤.

غيرها ، لإساغة لقمة غصّ بها عند جمهور الفقهاء .

ويرى ابن عرفة من المالكية أن ضرورة الغَصَص تدرأ الحد ولا تمنع الحرمة [(١)].

وأما شرب الخمر لدفع العطش فعند الحنفية والشافعية على القول المقابل للأصح أن من خاف على نفسه من العطش يباح له أن يشرب الخمر كما يباح للمضطر تناول الميتة والخنزير وقيد الحنفية جواز شرب الخمر لضرورة العطش بقولهم : إن كانت الخمر تردّ ذلك العطش [(٢)].

وذهب المالكية والشافعية - على الأصح عندهم - إلى تحريم شرب الخمر لدفع العطش [(٣)].

هـ - تناول المضطر لحم إنسان :

اتفق الفقهاء على أنَّ المضطر إن لم يجد إلا آدميا حيا محقون الدم لم يبح له قتله ، ولا إتلاف عضو منه ، مسلما كان أو كافرا ، لأنه مثله ، فلا يجوز أن يبقى نفسه بإتلافه [(٤)].

واختلفوا فيما إذا وجد آدميا معصوما ، ميتا فأجاز بعض الحنفية والشافعية على أصح الطريقين وأشهرهما أكله ، لأن حرمة الحى أعظم [(١)].

ويرى المالكية والحنابلة والشافعية - فى وجه - أن المضطر ليس له أكل ابن آدم ولو مات [(٢)] لقول النبي ﷺ : «كسر عظم الميت ككسره حيا» [(٣)].

قال الماوردي : فإن جوزنا الأكل من الآدمي الميت فلا يجوز أن يأكل منه إلا ما يسد الرمق بلا خلاف ، حفظا للحرمتين . قال : وليس للمضطر طبخه وشيّه ، بل يأكله نيئا ، لأن الضرورة تندفع بذلك ، وفي طبخه هتك لحرمته ، فلا يجوز الإقدام عليه ، بخلاف سائر الميتات ، فإن للمضطر أكلها نيئة ومطبوخة [(٤)].

١١ - ترتيب المحرمات :

إذا وجد المضطر ميتة - ونحوها - من محظورات الأطعمة والأشربة ووجد طعاما أوشرابا للغير فأيهما يأخذه ؟

---

(١) الفتاوى الهندية ٥/ ٤١٢ ، والدسوقى ٤/ ٣٥٢، والفواكه الدوانى ٢/ ٢٨٩ وكشاف القناع ٦/ ١١٧ ، ومغنى المحتاج ٤/ ١٨٨ .

(٢) الفتاوى الهندية ٥/ ٤١٢ ، ومغنى المحتاج ٤/ ١٨٨ .

(٣) الدسوقى ٤/ ٣٥٣، والفواكه الدوانى ٢/ ٢٨٩ ، وتفسير ابن العربى ١/ ٥٦ ومغنى المحتاج ٤/ ٢٢ ، والأم ٢/ ٢٥٣ ، وحلية العلماء ٣/ ٤١٦ .

(٤) المغنى ٨/ ٦٠١ ، والمجموع ٩/ ٤٤ .

(١) المجموع ٩/ ٤٤ ، والمغنى ٨/ ٦٠٢ .

(٢) المجموع ٩/ ٤٤ ، وتفسير القرطبى ، ٢/ ٢٢٩ ، والمغنى ٨/ ٦٠٢ .

(٣) حديث : «كسر عظم الميت ككسره حيا .»
أخرجه أبو داود (٣/ ٥٤٤) من حديث عائشة ، وحسنه ابن القطان كما فى التلخيص لابن حجر (٣/ ٥٤) .

(٤) المجموع ٩/ ٤٤ .

ذهب أكثر الحنفية والشافعية فى المذهب والحنابلة، وسعيد بن المسيِّب وزيد بن أسلم إلى أنه ليس للمضطر تناول طعام الغير، وإنما له أكل الميتة، لأن إباحة الميتة بالنص، وإباحة مال الغير بالاجتهاد، والنص أقوى، ولأن حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة وحقوق الآدمي مبنية على الشح والتضييق، ولأن حق الآدمي تلزمه غرامته وحق الله لا عوض له [١].

وقال بعض الحنفية والشافعية فى قول وعبد الله بن دينار: إن من وجد طعام الغير لا تباح له الميتة، لأنه قادر على الطعام الحلال، فلم يجز له أكل الميتة، كما لو بذله له صاحبه [٢].

أما المالكية فيرون تقديم طعام الغير على الميتة ندبا إن لم يخف القطع أو الضرب أو الأذى وإلا قدم الميتة [٣].

وروى أصبغ عن ابن القاسم أنه قال: يشرب المضطر الدم ولا يشرب الخمر، ويأكل الميتة ولا يقرب ضوالّ الإبل ـ وقاله ابن وهب ـ ويشرب البول ولا يشرب الخمر، لأن

(١) غمز عيون البصائر ١/ ٢٨٨، ومغنى المحتاج ٤/ ٣٠٩، والمجموع ٩/ ٥٣، والمغنى ٨/ ٦٠٠ .

(٢) غمز عيون البصائر ١/ ٢٨٨ ـ ٢٨٩، والمغنى ٨/ ٦٠٠، والمجموع ٩/ ٥٣ .

(٣) الدسوقى ٢/ ١١٦، والقرطبى ٢/ ٢٢٩ .

الخمر يلزم فيها الحدّ فهي أغلظ [١].

والمضطر إذا كان مُحْرِما ووجد ميتة وصيدا حيًّا صاده مُحرِم أو أعان على صيده، فإنه يقدم الميتة على الصيد الحي الذي صاده المُحرِم أوأعان عليه، بهذا يقول الحنفية على المعتمد والمالكية والشافعية فى المذهب، والحنابلة [٢].

وقال الشافعية فى قول وبعض الحنفية والشعبي: إنه يأكل الصيد ويفديه، لأن الضرورةتبيحه، ومع القدرة عليه لا تحل الميتة لغناه عنها [٣].

١٢ ـ أثر الضرورة فى رفع حرمة الميتة ونحوها:

قال شارح أصول البزدوى: اختلف العلماء فى حكم أكل الميتة ونحوها فى حال الضرورة، فهل تصير مباحة، أو تبقى على الحرمة ويرتفع الإثم ؟

فذهب بعضهم: إلى أنها لا تحل ولكن يرخص فى الفعل إبقاء للمهجة كما فى الإكراه على الكفر، وهو رواية عن أبي يوسف وأحد قولى الشافعى .

(١) القرطبى ٢/ ٢٨٨ .

(٢) غمز عيون البصائر ١/ ٢٨٩ ، والدسوقى ٢/ ١١٦، ومغنى المحتاج ٤/ ٣٠٩ والمغنى ٨/ ٦٠١

(٣) مغنى المحتاج ٤/ ٣٠٩، والمغنى ٨/ ٦٠١، وغمز عيون البصائر ١/ ٢٨٩ .

وذهب أكثر أصحابنا (الحنفية) إلى أن الحرمة ترتفع فى هذه الحالة [١].

ثم ذكر للخلاف فائدتين:

إحداهما: إذا صبر حتى مات لا يكون آثما على الأول بخلافه على الآخر.

الثانية : إذا حلف لا يأكل حراما فتناولها فى حال الضرورة يحنث على الأول ولا يحنث على الثانى [٢].

وللتفصيل: (ر: رخصة، والملحق الأصولى) .

١٣ - تناول المضطر الميتة فى سفر المعصية :

ذهب الشافعية على المذهب والحنابلة والمالكية فى قول إلى أنه ليس للمضطر فى سفر المعصية الأكل من الميتة كقاطع الطريق لقول الله تعالى: ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾ قال مجاهد: غير باغ على المسلمين ولا عاد عليهم ، وقال سعيد ابن جبير: إذا خرج يقطع الطريق فلا رخصة له، فإن تاب وأقلع عن معصيته حل له الأكل [٣].

ويرى الحنفية والمالكية - فى المشهور - والشافعية - فى قول - أنه يترخص بأكل الميتة للعاصى بسفره [١].

وللعلماء خلاف وتفصيل حول استباحة العاصى بسفره . رخص السفر ينظر فى : (سفر) .

١٤ - الحالة الثانية: الاضطرار إلى النظر واللمس للتداوى:

يجوز كشف العورة والنظر إليها لضرورة التداوى [٢] .

قال ابن قدامة: يباح للطبيب النظر إلى ماتدعو إليه الحاجة من بدن المرأة الأجنبية من العورة وغيرها فإنه موضع حاجة [٣] .

قال الشربينى الخطيب: وأما عند الحاجة فالنظر واللمس مباحان لفصد وحجامة وعلاج ولو فى فرج للحاجة الملجئة إلى ذلك؛ ولأن فى التحريم حينئذ حرجا، فللرجل مداواة المرأة وعكسه وليكن ذلك بحضرة مَحْرم أو زوج أو امرأة [٤] .

وللتفصيل فى شروط جواز معالجة الطبيب امرأة أجنبية ينظر: (عورة) .

---

(١) كشف الأسرار ١/ ٦٤٢ ط الصنايع ١٣٠٧ هـ.

(٢) كشف الأسرار ١/ ٦٦٢، وسلم الأصول لشرح نهاية السول ١/ ١٢١ - ١٢٢ ط . عالم الكتب .

(٣) المغنى ٨/ ٥٩٧، وأحكام القرآن لابن العربى ١/ ٥٨، والقوانين الفقهية ص ١٧٨ نشر الدار العربية للكتاب .

---

(١) تفسير الجصاص ١/ ١٤٧، والقوانين الفقهية ص ١٧٨، وتفسير القرطبى ٢/ ٢٣٢ ومغنى المحتاج ١/ ٢٦٨ .

(٢) المبسوط للسرخسى ١٠/ ١٥٦ وبدائع الصنائع ٥/ ١٢٤، ومغنى المحتاج ٣/ ١٣٣، والمغنى ٦/ ٥٥٨، وكشاف القناع ١/ ٢٦٥ .

(٣) المغنى ٦/ ٥٥٨ .

(٤) مغنى المحتاج ٣/ ١٣٣ .

١٥ - الاضطرار إلى العلاج بالنجس والمحرم:

ذهب المالكية والحنابلة والشافعية - في وجه - إلى عدم جواز التداوي بالمحرَّم والنجس [٢] لقول النبي ﷺ: «إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم» [٣].

ويرى الحنفية جواز الاستشفاء بالحرام عند تيقن حصول الشفاء فيه، كتناول الميتة عند المخمصة، والخمر عند العطش وإساغة اللقمة، ولا يجيزون الاستشفاء بالحرام الذي لا يتيقن حصول الشفاء به [٣].

ويشترط الحنفية لجواز التداوي بالمحرَّم تيقن حصول الشفاء فيه وعدم وجود دواء غيره [٤].

وأجاز الشافعية - على المذهب - التداوي بالنجاسات غير الخمر، سواء فيه جميع النجاسات غير المسكر [٥].

وللتفصيل في شروط التداوي بالمحرم والنجس وحكم التداوي به لتعجيل الشفاء: (ر: تداوي).

١٦- الحالة الثالثة: الاضطرار إلى إتلاف النفس أو ارتكاب الفاحشة:

القتل تحت تأثير الإكراه:

وتحته صورتان: الأولى: الاضطرار إلى قتل نفسه، كما تقدم، ويأتي في الدفاع عن النفس، والأخرى: الاضطرار إلى قتل غيره وبيانه فيما يلي:

أجمع العلماء على أن من أكره على قتل غيره أنه لا يجوز له الإقدام على قتله، ولا انتهاك حرمته بجلد أو غيره، ويصبر على البلاء الذي نزل به، ولا يحل له أن يفدي نفسه بغيره، ويسأل الله العافية في الدنيا والآخرة [١].

قال الصاوي المالكي: لو قال لك ظالم: إن لم تقتل فلانا أو تقطعه قتلتك، فلا يجوز ذلك ويجب على من قيل له ذلك أن يرضى بقتل نفسه ويصبر [٢].

وللفقهاء خلاف وتفصيل فيمن يجب عليه القصاص عند وقوع القتل، أو قطع العضو

---

(١) الفواكه الدواني ٢/ ٤٤١، والفروع ٢/ ١٦٥، وكشاف القناع ٦/ ١١٦، والمجموع ٩/ ٥٠.

(٢) حديث: «إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم.» أخرجه البخاري (١٠/ ٧٨) معلقا، ووصله الإمام أحمد من قول ابن مسعود موقوفا عليه في كتاب الأشربة (ص ٦٣) وصححه ابن حجر في الفتح (١٠/ ٧٩).

(٣) بدائع الصنائع ١/ ٦١.

(٤) ابن عابدين ٤/ ١١٣، ٢١٥.

(٥) المجموع ٩/ ٥٠.

---

(١) تفسير القرطبي ١٠/ ١٨٣، وانظر تبيين الحقائق ٥/ ١٨٦، ومجمع الأنهر ٢/ ٤١٧، والشرح الصغير ٢/ ٥٤٩، وشرح الزرقاني ٤/ ٨٨، والمغني ٧/ ٦٤٥، ونهاية المحتاج ٧/ ٢٤٥، و ٢٤٨.

(٢) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٢/ ٥٤٩.

تحت تأثير الإكراه ينظر فى: (إكراه، وقصاص) .

القتل لضرورة الدفاع :

إذا صال صائل على إنسان جاز له الدفع، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء [١] وإنما اختلفوا فى وجوب الدفع عن النفس على المصول عليه .

فذهب الحنفية والمالكية - فى أصح القولين - والشافعية والحنابلة - فى إحدى الروايتين - إلى أنه يجب على المصول عليه أن يدافع عن نفسه، إلا أن الشافعية قيدوا وجوب دفع الصائل بما إذا كان الصائل كافرا أو بهيمة [٢] .

ويرى المالكية - فى قول - والحنابلة - فى الرواية الثانية - أن المصول عليه لا يجب عليه دفع الصائل [٣] .

وللتفصيل : (ر : صيال) .

الزنى تحت تأثير الإكراه :

يرى جمهور الفقهاء : أن الزنى لا يباح

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٩٢ - ٩٣ ومغنى المحتاج ٤/ ١٩٤، ومواهب الجليل ٦/ ٣٢٣، والمغنى ٨/ ٣٢٩ - ٣٣٠، والإنصاف ١٠/ ٣٠٣ مطبعة السنة المحمدية وكشاف القناع ٦/ ١٥٤ نشر عالم الكتب .

(٢) مغنى المحتاج ٤/ ١٩٥، ومجموعة فتاوى ابن تيمية ٣٤/ ٢٤٢ وأحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٨٧ - ٤٨٨ ومواهب الجليل ٦/ ٣٢٣، والإنصاف ١٠/ ٣٠٤ .

(٣) مواهب الجليل ٦/ ٣٢٣، والإنصاف ١٠/ ٣٠٤ .

ولا يرخص للرجل بالإكراه وإن كان تاما، ولو فعل يأثم .

وتفصيل ذلك فى مصطلح : (إكراه وزنى) .

١٧ - الحالة الرابعة : الاضطرار إلى أخذ مال الغير وإتلافه :

إذا اضطر إنسان ولم يجد إلا طعاما لغيره نظر: فإن كان صاحبه مضطرا إليه فهو أحق به، ولم يجز لأحد أخذه منه ، لأنه ساواه فى الضرورة وانفرد بالملك، فأشبه غير حال الضرورة، وإن أخذه منه فمات لزمه ضمانه؛ لأنه قتله بغير حق ، وإن لم يكن صاحبه مضطرا إليه لزمه بذله للمضطر؛ لأنه يتعلق به إحياء نفس آدمى معصوم فلزمه بذلك، كما يلزمه بذل منافعه وإنجاؤه من الغرق والحريق، لأن الامتناع عن بذله إعانة على قتل المضطر [١]، وقد قال النبى ﷺ : «من أعان على قتل مؤمن بشطر كلمة لقى الله عز وجل مكتوب بين عينيه آيس من رحمة الله» [٢] .

(١) المهذب ١/ ٢٥٠، ومغنى المحتاج ٤/ ٣٠٨، وتفسير الجصاص ١/ ١٥٣ والقواعد لابن رجب ص ٢٢٨، والدسوقى ٤/ ٢٤٢، والمغنى ٦/ ٦٠٢ .

(٢) حديث : «من أعان على قتل مؤمن ....»
أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٧٤) من حديث أبى هريرة ، وضعف إسناده البوصيرى فى مصباح الزجاجة (٢/ ٨٣) .

فإن لم يبذل فللمضطر أخذه منه، لأنه مستحق له دون مالكه، فجاز له أخذه كغير ماله، فإن احتيج فى ذلك إلى قتال فله المقاتلة عليه، فإن قتل المضطر فهو شهيد وعلى قاتله ضمانه، وإن آل أخذه إلى قتل صاحبه فهو هدر، لأنه ظالم بقتاله فأشبه الصائل، إلا أن يمكن أخذه بشراء أو استرضاء فليس له المقاتلة عليه، لإمكان الوصول إليه دونها [1].

وللفقهاء خلاف وتفصيل فى أثر الاضطرار فى إبطال حق الغير ينظر فى : (إتلاف، وضمان) .

إتلاف مال الغير لضرورة إنقاذ السفينة :

إذا أشرفت السفينة على الغرق جاز إلقاء بعض أمتعتها فى البحر ، ويجب الإلقاء رجاء نجاة الراكبين إذا خيف الهلاك، ويجب إلقاء مالا روح فيه، لتخليص ذى الروح، ولا يجوز إلقاء الدواب إذا أمكن دفع الغرق بغير الحيوان، وإذا مست الحاجة إلى إلقاء الدواب ألقيت لإنقاذ الآدميين، والعبيد فى ذلك كالأحرار، ولا سبيل لطرح الآدمى بحال

(١) المغنى ٨/ ٦٠٢، والمبسوط ٢٤/ ٧٣، والفروق للقرافى ١/ ١٩٦، ومغنى المحتاج ٤/ ٣٠٨ .

ذكرا كان أو أنثى ، حرا أو عبدا ، مسلما أو كافرا [1] .

إتلاف مال الغير تحت تأثير الإكراه :

من أكره على إتلاف مال مسلم بأمر يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه وسعه أن يفعل ذلك [2] .

وللفقهاء خلاف وتفصيل فيمن يجب عليه الضمان فى هذه الحالة ينظر فى : (إكراه، وضمان) .

١٨ - الحالة الخامسة : الاضطرار إلى قول الباطل :

النطق بالكفر تحت تأثير الإكراه :

من أكره على الكفر حتى خشى على نفسه القتل لا إثم عليه إن كفر وقلبه مطمئن بالإيمان، ولا تبين منه زوجته، ولا يحكم عليه بحكم الكفر، وإن صبر حتى قتل كان شهيدا [3].

وللتفصيل : (ر : رخصة ف ١٣، وإكراه ف ٢٤)

(١) روضة الطالبين ٩/ ٣٣٨، ومطالب أولى النهى ٤/ ٩٥، وحاشية الدسوقى ٤/ ٢٧، وابن عابدين ٥/ ١٧٢ .

(٢) مجمع الضمانات ص ٢٠٥، والقواعد لابن رجب ص ٢٨٦ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٢/ ١١٥، وروضة الطالبين ١٠/ ٧٢، وكشاف القناع ٦/ ١٨٥، والإقناع ٤/ ٣٠٦، وجواهر الإكليل ١/ ٣٤٠ - ٣٤١ .

الاضطرار إلى الكذب :

يحل الكـذب فى أمور ثبتت بالسنة، ففى حديث أم كلثوم بنت عقبة بن أبى معيط أنها سمعت رسـول الله ﷺ وهو يقول : «ليس الكـذاب الذى يصلح بين الناس، ويقول خيرا وينمى خيرا» .

قال ابـن شهـاب - أحـد رواة هذا الحديث - : ولم أسمع يرخص فى شىء مما يقـول النـاس كذب إلا فى ثلاث : «الحـرب.[1] والإصـلاح بين النـاس، وحديث الرجل امرأته وحديث المرأة زوجها» .

قال العز بن عبد السلام : والتحقيق أن الكذب يصير مأذونا فيه ويثاب على المصلحة التى تضمنها على قدر رتبة تلك المصلحة من الوجـوب فـى حفـظ الأمـوال والأبضـاع والأرواح[2].

الاضطرار إلى التقيّـة :

تجوز التقيّة عنـد الاضـطرار إليهـا دفعًا لتلف النفس بغير وجه حق .

قال السرخسى : لا بأس باستعمال التقيّة وإنه يرخص له فى ترك ما هو فرض عند خوف التلف على نفسه[1].

وللتفصيل فى مشروعية العمل بالتقيَّة : (ر : تقية فقرة ٥) .

١٩ - القواعد الفقهية الناظمة لأحكام الضرورة :

وضع الفقهاء مجموعة من القواعد الفقهية لضبط أحكـام الضرورة، وتوضيح معـالمهـا العـامـة وتنظيـم آثـارهـا، وأهـم هـذه القواعـد هـى :

المشقة تجلب التيسير[2].

الأصـل فى هذه القـاعـدة قوله تعالى : ﴿يريد الله بكـم اليسـر ولا يريد بكـم العسر﴾[3] وقوله تعالى : ﴿وما جعل عليكم فى الدين من حرج﴾[4] ويتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته .

هذا وقد خرج عن هذه القاعدة ما نص عليه وإن كان فيه مشـقـة وعـمـت به البلوى .[5]قال ابن نجيم : المشقة والحرج إنما يعتبران فى موضع لا نص فيه، وأما مع

---

(١) حديث أم كلثوم : «ليس الكذاب الذى يصلح بين الناس .» أخرجه مسلم (٤/ ٢٠١١) .

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام (١/ ٩٦ - ٩٧ ط . دار الكتب العلمية .)

(١) المبسوط ٢٤/ ٤٧، وتفسير القرطبى ٤/ ٥٧ .

(٢) غمز عيون البصائر ١/ ٢٤٥ وما بعدها والأشباه للسيوطى ص ٧٦ - ٨٠ .

(٣) سورة البقرة / ١٨٥ .

(٤) سورة الحج / ٧٨ .

(٥) شرح المجلة للأتاسى ١/ ٥٠ .

النص بخلافه فلا [1] .

ولـلتفصيل فى أحكـام هذه الأسبـاب وضـوابط المـشقـة المؤثـرة فى التخفيف : (ر: تيسير. فقرة ٣٢ ـ ٤١) .

إذا ضاق الأمر اتسع :

هذه القاعدة مستخرجة من القاعدة التى قبلها وبينهما تقارب فى المآل، ومعناها أنه إذا ظهرت مشقة فى أمر يرخص فيه ويوسع .

ومن فروع هذه القاعدة :

أ ـ شهـادة النسـاء والصبيان فى الحـمامـات والمواضع التى لا يحضرها الرجال دفعا لحرج ضياع الحقوق .

ب ـ قبول شهادة القابلة على الولادة ضرورة حفظ الولد ونسبه .

ج ـ إباحة خروج المتوفى عنها زوجها من بيتها أيام عدتها إذا اضطرت للاكتساب [2] .

الضرورات تبيح المحظورات :

قاعدة أصولية مأخوذة من النص وهو قوله تعـالى : ﴿إلا ما اضـطررتـم إلـيه﴾ [3] والاضـطرار : الحـاجة الشديدة، والمحظور

(١) غمز عيون البصائر ١/ ٢٧١ .

(٢) شرح المجلة للأتاسى ١/ ٥١، وغمز عيون البصائر ١/ ٢٧٣ .

(٣) سورة الأنعام / ١١٩ .

المنهى عن فعله ، يعنى أن الممنوع شرعا يباح عند الضرورة [1] .

وهـذه القـاعـدة تتعلق أصـلا بقـاعـدة (الضرر يزال) ومن فروعها : جواز أكل الميتة عند المخمصة ونحو ذلك .

الضرورات تقدر بقدرها :

معنى هذه القـاعـدة : أن كل فعل أو ترك جوز للضرورة فالـتجـويز على قدرهـا ولا يتجاوز عنها [2] .

ومن فروعها : أن الكفار حال الحرب إذا تترّسوا بأطفـال المسلمـين فلا بأس بالرمى عليهم لضرورة إقامة فرض الجهاد، لكنهم يقصـدون الكفـار دون الأطفال، وللفقهاء خلاف وتفصيل فى وجوب الدية والكفارة : (ر : ديات وكفارات) .

ما جاز لعذر بطل بزواله :

هذه القاعدة مكملة للقاعدة السابقة ، فالقـاعـدة المتقـدمـة يعمـل بها أثنـاء قيام الضرورة، وهذه القاعدة تبين ما يجب فعله بعد زوال حال الضرورة، ومعناها أن ما جاز فعله بسبب عذر من الأعـذار، أو عارض طارىء من العـوارض فإنـه تزول مشروعيته

(١) غمز عيون البصائر ١/ ٢٧٥ ـ ٢٧٦ ، والأشباه للسيوطى

(٢) شرح المجلة للأتاسى ١/ ٥٦ والأشباه للسيوطى ص ٨٤ .

بزوال حال العذر، لأن جوازه لما كان بسبب العـذر فهو خلف عن الأصل المتعذر، فإذا زال العذر أمكن العمل بالأصل، فلو جاز العمـل بالخلف - أيضـا - للزم الجمـع بين الخلف والأصل فلا يجوز كما لا يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز لهذه العلة [١].

الاضطرار لا يبطل حق الغير :

الاضـطرار وإن كان فى بعض المـواضع يقتضى تغيير الحكم من الحرمة إلى الإباحة كأكل الميتة، وفى بعضها الترخيص فى فعله مع بقائه على الحرمة - ككلمة الكفر - إلا أنه على كل حال لا يبطل حق الغير، وإلا لكان من قبيل إزالة الضرر بالضرر وهذا غير جائز.

ويتفـرع عن هذه القاعدة أنه لو اضطر إنسان بسبب الجوع فأكل طعام آخر يضمن قيمته فى القيميات ومثله فى المثليات [٢].

وللتفصيل : (ر : إتلاف وضمان) .

(١) شرح المجلة للأتاسى ١/ ٥٩ - ٦٠ .

(٢) شرح المجلة للأتـاسى ١/ ٧٦ - ٧٧، والفـروق للقـرافى ١/ ١٩٦، والقواعد لابن رجب الحنبلى ص ٢٨٦ .

ضَرُورِيَّات

التعريف :

١ - الضـروريـات : جمـع ضـرورى والضروريات عنـد الأصـوليين هى : الأمور التي لابد منها فى قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقـامـة، بل على فسـاد وتهـارج، وفوت حياة، وفى الأخـرى فوت النجـاة والنعيم، والـرجـوع بالخسران المبين [١] وهى : حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسب، والمال، وهذا الـترتيب بين الضروريات من العـالى إلى النـازل هو ماجـرى عليه فى مُسَلَّم الثبـوت وشرحــه [٢]. وهـو - أيضـا - ماجـرى عليه الغـزالى فى المستصفى مع استبـدال لفظ النسل بلفظ النسب [٣].

ورتبها الشاطبى ترتيبا آخر فقال: مجموع الضروريات خمسـة وهى : حفظ الـدين، والنفس، والنسل، والمال، والعقـل، فأخر العقل عن النسل والمال [٤].

(١) الموافقات ٢/ ٨ .

(٢) فواتح الرحموت ٢/ ٢٦٢ .

(٣) المستصفى ١/ ٢٨٦ .

(٤) الموافقات ٢/ ١٠ .

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ الحاجيات :

٢ ـ الحاجى لغة: مأخوذ من معنى الحاجة وهى: الاحتياج ، وتطلق على ما يفتقر إليه [١] .

وهى عند الأصوليين: ما يفتقر إليها من حيث التوسعة، ورفع الضيق المؤدى فى الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل على المكلفين ـ على الجملة ـ الحرج والمشقة ولكنه لايبلغ مبلغ الفساد العادى المتوقع فى المصالح العامة [٢] .

والفرق بين الضروريات والحاجيات أن الحاجيات تأتى فى المرتبة الثانية بعد الضروريات، فهى لاتصل إلى حد الضرورة .

ب ـ التحسينيات :

٣ ـ التحسينيات لغة: مأخوذة من مادة الحسن، والحسن لغة: الجمال ، أو هو ضد القبح، والتحسين: التزيين [٣] .

وفى اصطلاح الأصوليين: هى الأخذ بما يليق من محاسن العادات، وتجنب الأحوال المدنّسات التى تأنفها العقول الراجحات،

(١) لسان العرب وتاج العروس والكليات للكفوى مادة (حوج) .
(٢) الموافقات ٢/ ١٠ .
(٣) لسان العرب والمصباح المنير.

ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق [١]

أو هى: مالا تدعو إليها ضرورة ولا حاجة، ولكن تقع موقع التحسين والتيسير، ورعاية أحسن المناهج فى العادات والمعاملات [٢] .

وعلى ذلك تكون التحسينيات أدنى رتبة من الحاجيات، فهى المرتبة الثالثة بعد الضروريات والحاجيات .

ج ـ المصالح المرسلة :

٤ ـ فى اللغة: صلح الشىء صلوحا وصلاحا، خلاف فسد، وفى الأمر مصلحة ، أى: خير، والجمع: المصالح [٣] . والمصالح المرسلة عند الأصوليين: مالا يشهد لها أصل من الشارع لا بالاعتبار ولا بالإلغاء [٤] .

وهى أعم من الضروريات، لأنها تشمل الضروريات والحاجيات والتحسينيات .

الأحكام الإجمالية :

أ ـ المحافظة على الضروريات :

٥ ـ الضروريات من الأمور التي قصد الشارع المحافظة عليها؛ لأنها لابد منها فى

(١) الموافقات ٢/ ١١ .
(٢) المستصفى ١/ ٢٨٦ ـ ٢٩٠، والإحكام للآمدى (٣/ ٤٩، ط. صبيح) .
(٣) المصباح المنير .
(٤) جمع الجوامع ٢/ ٢٨٤ وإرشاد الفحول/ ٢١٨ .

قيام مصالح الدين والدنيا .

قال الشاطبى : والحفاظ عليها يكون بأمرين .

أحدهما : مايقيم أركانها ويثبت قواعدها ، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب الوجود .

والثانى : مايدرأ عنها الاختلال الواقع أو المتوقع فيها ، وذلك عبارة عن مراعاتها من جانب العدم .

فأصول العبادات راجعة إلى حفظ الدين من جانب الوجود ، كالإيمان والنطق بالشهادتين ، والصلاة ، والزكاة ، والصيام ، والحج ، وما أشبه ذلك .

والعادات راجعة إلى حفظ النفس والعقل من جانب الوجود ـ أيضا ـ كتناول المأكولات ، والمشروبات ، والملبوسات ، والمسكونات ، وما أشبه ذلك .

والمعاملات راجعة إلى حفظ النسل والمال من جانب الوجود ، وإلى حفظ النفس والعقل ـ أيضا ـ لكن بواسطة العادات .

والجنايات ترجع إلى حفظ الجميع من جانب العدم .

وقد سبقت الأمثلة للعبادات والعادات .

وأما المعاملات : فما كان راجعا إلى مصلحة الإنسان مع غيره كانتقال الأملاك بعوض أو بغير عوض ، بالعقد على الرقاب أو المنافع أو الأبضاع .

والجنايات ماكان عائدا على ماتقدم بالإبطال ، فشرع فيها مايدرأ ذلك الإبطال ويتلافى تلك المصالح كالقصاص والديات للنفس ، والحد للعقل والنسل ، والقطع والتضمين للمال [1]

ب ـ رتبة الضروريات:

٦ ـ الضروريات أقوى مراتب المصلحة فقد قسم الغزالى المصلحة باعتبار قوتها فى ذاتها إلى ثلاثة أقسام :

أ ـ رتبة الضروريات .

ب ـ رتبة الحاجيات .

ج ـ رتبة التحسينيات .

ثم قال : والمقصود بالمصلحة : المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة ـ وهو أن يحفظ عليهم دينهم ، ونفسهم ، وعقلهم ، ونسلهم ، وماهم .

هذه الأصول الخمسة حفظها واقع فى رتبة الضروريات فهى أقوى المراتب فى المصالح .

ويلى الضروريات فى الرتبة الحاجيات ثم التحسينيات [2] .

---

(١) الموافقات ٢/٨ ـ ١٠ ، والمستصفى ١/٢٨٦ ـ ٢٨٧ وفواتح الرحموت ٢/٢٦٢ .

(٢) المستصفى ١/٢٨٦ ، وفواتح الرحموت ٢/٢٦٢ .

ج ـ الاحتجاج بالضروريات :

٧ ـ الضروريات أقوى مراتب المصلحة ، وفى الاحتجاج بها خلاف بين الأصوليين .

فقال الغزالى : يجوز أن يؤدى إليها اجتهاد مجتهد وإن لم يشهد لها أصل معين ، ومثال ذلك : أن الكفار إذا تترَّسوا بجماعة من أسارى المسلمين ، فلو كففنا عنهم لصدمونا ، وغلبوا على دار الإسلام ،وقتلوا كافة المسلمين ، ولو رمينا الترس لقتلنا مسلما معصوما لم يذنب ذنبا ، وهذا لاعهد به فى الشريعة ، ولو كففنا لسلطنا الكفار على جميع المسلمين فيقتلونهم ثم يقتلون الأسارى أيضا .

لكن الغزالى إنما يعتبرها بشروط ثلاثة قال : وانقدح اعتبارها باعتبار ثلاثة أوصاف : أن تكون ضرورية قطعية كلية [(١)] .

وهى حجة عند الإمام مالك ، لأن الله تعالى إنما بعث الرسل لتحصيل مصالح العباد عملا بالاستقراء ، فمهما وجدنا مصلحة غلب على الظن أنها مطلوبة للشرع [(٢)]

وينظر تفصيل ذلك : فى الملحق الأصولى .

د ـ الضروريات أصل لما سواها من المقاصد :

٨ ـ المقاصد الضرورية فى الشريعة أصل للحاجية . والتحسينية فلو فرض اختلال الضرورىّ بإطلاق لاختل الحاجىّ والتحسينىّ بإطلاق ، ولايلزم من اختلال الحاجىّ والتحسينىّ اختلال الضرورىّ بإطلاق ـ ومع ذلك فقد يلزم من اختلال الحاجىّ بإطلاق اختلال الضرورىّ بوجه من الوجوه ـ فالحاجىّ يخدم الضرورىّ ، والضرورىّ هو المطلوب لأنه الأصل .

وبيان ذلك أن مصالح الدين والدنيا مبنية على المحافظة على الأمور الخمسة المعروفة ، فإذًا اعتبر قيام هذا الوجود الدنيوى مبنيا عليها حتى إذا انخرمت لم يبق للدنيا وجود ، (أى ماهو خاص بالمكلفين والتكليف) .

وكذلك الأمور الأخروية لاقيام لها إلا بذلك ، فلو عدم الدين عدم ترتب الجزاء المرتجى ، ولو عدم المكلف لعدم من يتدين ، ولو عدم العقل لارتفع التدين ، ولوعدم النسل لم يكن فى العادة بقاء ، ولو عدم المال لم يبق عيش ، فلو ارتفع ذلك لم يكن بقاء ، وهذا

---

(١) المستصفى ١/٢٩٤ ـ ٢٩٦ ، والذخيرة/١٤٢ .

(٢) الذخيرة/١٤٢ ، وهامش الفروق ٤/٧٠ .

كله معلوم لايرتاب فيه من عرف ترتيب أحوال الدنيا وأنها زاد للآخرة [١] .

هـ ـ اختلال الضروري يلزم منه اختلال الحاجيّ والتحسينيّ :

٩ ـ إذا ثبت أن الضروري أصل للحاجيّ والتحسينيّ وأنهما مبنيان عليه باعتبارهما وصفين من أوصافه ، أو فرعين من فروعه ، لزم من اختلاله اختلالهما؛ لأن الأصل إذا اختل اختل الفرع من باب أولى .

فلو فرضنا ارتفاع أصل البيع من الشريعة لم يكن اعتبار الجهالة والغرر، ولو ارتفع أصل القصاص لم يكن اعتبار المماثلة فيه، وهكذا [٢] .

وفي الموضوع تفصيلات تنظر:
(فى الملحق الأصولى .)

ضِفْدع

انظر : أطعمة

ضَفَائِر

انظر : شعر، غسل

---

(١) الموافقات ٢/١٦ ـ ١٧
(٢) الموافقات ٢/١٧ .

ضِلع

التعريف :

١ ـ الضلع ـ بفتح اللام وسكونها ـ لغتان بمعنى : محنية الجنب . وهى مؤنثة وجمعها : أضلع وأضالع وأضلاع وضلوع وهى عظام الجنبين .[١]

ولا يخرج المعنى الاصطلاحى عن المعنى اللغوى .

الأحكام المتعلقة بالضلع :

الجناية على الضلع :

٢ ـ اتفق الفقهاء على أنه لا قصاص فى كسر العظام ـ بما فيها الضلع ـ لما روى عن النبى ﷺ أنه قال : «لا قصاص فى العظم»[٢] ولعدم الوثوق بالمماثلة لأنه لا يعلم موضعه، فلا يؤمن فيه التعدى[٣].

(١) لسان العرب، ومتن اللغة والمصباح المنير مادة (ضلع) .

(٢) حديث : «لا قصاص فى العظم» .
أورده الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٣٥٠) وقال : (غريب) يعنى أنه لا أصل له كما ذكر ذلك فى مقدمة كتابه ، ثم ذكر أن ابن أبى شيبة أسند عن عمر بن الخطاب أنه قال : إنا لا نقيد من العظام، وعن ابن عباس أنه قال : ليس فى العظام قصاص .

(٣) ابن عابدين ٥/ ٢٥٤ والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٤٨٥، وروضة الطالبين ٩/ ١٨٣ ، والدسوقى ٤/ ٢٥٣

(ر : جناية على ما دون النفس ف ٣١) .

ثم اختلفوا فى موجب كسر الضلع :

فذهب الحنفية والمالكية والشافعية ـ فى الصحيح ـ وأحمد ـ فى رواية ـ إلى أن كسر الضلع ليس فيه شىء مقدر، وإنما تجب فيه حكومة العدل، لأنه كسر عظم فى غير الرأس والوجه، فلم يجب فيه أرش مقدر، ككسر عظم الساق .[١]

وقد قيد الإمام مالك وجوب حكومة العدل فى كسر الضلع إذا برأ على عَثَل[٢] وإذا برأ على غير عَثَل فلا شىء فيه[٣].

ويرى الحنابلة ـ على المذهب ـ والشافعية فى أحد قولين ـ وهو المذهب القديم عندهم كما قال السيوطى ـ أنه يجب فى كسر الضلع جمل[٤]، لما روى أسلم مولى عمر رضى الله عنه عن عمر أنه قضى فى الترقوة بجمل وفى الضلع بجمل[٥].

(١) الفتاوى البزازية بهامش الهندية ٦/ ٣٩٤، والمدونة ٦/ ٣٢٢، والشرح الصغير ٤/ ٣٨١، والمهذب ٢/ ٢٠٨ ـ ٢٠٩، والإنصاف (١٠/ ١١٤ نشر دار إحياء التراث العربى) والإفصاح لابن هبيرة (٢/ ٢٠٧ نشر المؤسسة السعيدية بالرياض).

(٢) اى جبرت على غير استواء ـ لسان العرب مادة (عَثَل) .

(٣) المدونة (٦/ ٣٢٢ ط السعادة .)

(٤) المهذب ٢/ ٢٠٨ ـ ٢٠٩ .

(٥) أثر أسلم (أن عمر قضى فى الترقوة بجمل ...»
أخرجه عبد الرزاق فى المصنف (٩/ ٣٦٢ ، ٣٦٧) .

وللتفصيل فى كيفية تقدير حكومة العدل وشروطها ينظر : (حكومة عدل وجناية على ما دون النفس) .

ضِمَار

التعريف :

١ - تطلق كلمة (الضِّمَار) فى لغة العرب على : كلّ شىء لست منه على ثقة (١) . قال الجوهرى : الضِّمَار مالا يرجى من الدّين والوعد، وكلّ مالا تكون منه على ثقة (٢) .

كذلك يطلق الضِّمَار فى اللغة على : خلاف العيان، وعلى : النسيئة أيضا (٣)، وقيل : أصل الضمار ما حبس عن صاحبه ظلما بغير حقّ (٤) .

وحكى المطرزى أن أصله من الإضمار، وهو التغيّب والاختفاء، ومنه أضمر فى قلبه شيئا (٥)

أما الضِّمار من المال : فهو الغائب الذى لا يرجى عوده، فإذا رجى فليس بضمار (٦) .



(١) الكليات لأبى البقاء الكفوى ٣/ ١٢٩، المغرب للمطرزى ٢/ ١٢ .

(٢) الصحاح (مادة : ضمر) ٢/ ٧٢٢، وانظر لسان العرب (مادة : ضمر)

(٣) مشارق الأنوار للقاضى عياض ٢/ ٥٨، وانظر لسان العرب .

(٤) مشارق الأنوار ٢/ ٥٨ .

(٥) المغرب ٢/ ١٢ .

(٦) المصباح المنير ٢/ ٤٣٠، لسان العرب، مشارق الأنوار ٢/ ٥٨، المغرب ٢/ ١٢، غريب الحديث لأبى عبيد ٤/ ٤١٧ .

٢ - واصطلاحا يطلق الفقهاء (المال الضِّمار) على المال الذى لا يتمكن صاحبه من استنمائه، لزوال يده عنه، وانقطاع أمله فى عوده إليه [١].

وعلى هذا عرَّفه صاحب (المحيط) من الحنفية بقوله : هو كلّ ما بقى أصله فى ملكه، ولكن زال عن يده زوالا لا يرجى عوده فى الغالب [٢].

وقال الكاسانى : هو كل مال غير مقدور الانتفاع به مع قيام أصل الملك [٣] وفى مجمع الأنهر : هو : مال زائل عن اليد، غير مرجوّ الوصول غالبا [٤].

٣ - وقد ذكر الفقهاء للمال الضِّمار صورا عديدة أهمها :

(أ) المال المغصوب إذا لم يكن لصاحبه على الغاصب بيِّنة، فإن كانت له عليه بيِّنة فليس بضمار [٥].

(ب) المال المفقود، كبعير مفقود، إذ هو

(١) الزرقانى على الموطأ ٢/ ١٠٦ .

(٢) انظر الفتاوى الهندية ١/ ١٧٤ .

(٣) بدائع الصنائع ٢/ ٩، وانظر البحر الرائق ٢/ ٢٢٢، رد المحتار ٢/ ٩ .

(٤) مجمع الأنهر ١/ ١٩٤ .

(٥) البناية على الهداية ٣/ ٢٥، ردّ المحتار ٢/ ٩، شرح الوقاية لصدر الشريعة ١/ ٩٨، الفتاوى الهندية ١/ ١٧٤، مجمع الأنهر ١/ ١٩٤، البحر الرائق ٢/ ٢٢٣، الهداية مع فتح القدير والعناية والكفاية ٢/ ١٢٢ ط (الميمنية ١٣١٩ هـ) .

كالهالك، لعدم قدرته عليه [١].

(ج) المال الساقط فى البحر، لأنه فى حكم العدم [٢]

(د) المال المدفون فى بريّة أو صحراء إذا نسى صاحبه مكانه، ثمّ تذكره بعد زمان [٣].

(هـ) المال الذى أخذه السلطان مصادرة ظلما، ثم وصل إليه بعد سنين [٤].

(و) الدين المجحود الذى جحده المدين سنين علانية إذا لم يكن عليه بيِّنة، ثم صارت له بيِّنة بعد سنين، بأن أقرّ الجاحد عند قوم به [٥].

(ز) المال الذى ذهب به العدوّ إلى دار الحرب [٦].

(ح) المال المودع عند من لا يعرفه إذا نسى شخصه سنين، ثمّ تذكره [٧].

٤ - ويلاحظ بالتأمل فى هذه الصور التى

(١) المراجع السابقة .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) الفرق بين المصادرة والغصب كما قال ابن عابدين فى ردّ المحتار ٢/ ٩ أن المصادرة : أن يأمره بأن يأتى بالمال، والغصب : أخذ المال مباشرة على وجه القهر .

(٥) مجمع الأنهر ١/ ١٩٤، الفتاوى الهندية ١/ ١٧٤، رد المحتار ٢/ ٩، البناية على الهداية ٣/ ٢٥، الهداية مع فتح القدير والعناية والكفاية ٢/ ١٢١، شرح الوقاية لصدر الشريعة ١/ ٩٨ .

(٦) المراجع السابقة .

(٧) فتح القدير ٢/ ١٢١ (الميمنية ١٣١٩ هـ) .

ذكرها الفقهاء أنّ المال الضمار قد يكون عينا يئس صاحبها من الوصول إليها، وقد يكون دينا لا يرجى لجحود المدين وعدم البيّنة . يشهد لذلك فى الديون ما روى ابن أبى شيبة فى مصنفه وأبو عبيد فى الأموال وابن زنجويه عن عمرو بن ميمون قال : أخذ الوليد بن عبد الملك مال رجل من أهل الرقة يقال له أبو عائشة ، عشرين ألفا ، فألقاها فى بيت المال ، فلما ولى عمر بن عبد العزيز أتاه ولده، فرفعوا مظلمتهم إليه، فكتب إلى ميمون أن ادفعوا إليهم أموالهم، وخذوا زكاة عامهم هذا، فإنه لولا أنه كان مالا ضمارا أخذنا منه زكاة ما مضى [١] .

وما روى عن الحسن البصرى أنه قال : إذا حضر الوقت الذى يؤدى الرجل فيه زكاته أدّى عن كل مال وعن كل دين، إلاّ ما كان منه ضمارا لا يرجوه [٢].

الألفاظ ذات الصلة :

أ - الدّين :

٥ - هو : كلّ ما ثبت فى الذمة من مال بسبب يقتضى ثبوته [١] . (ر : دين) .

ب - العين :

٦ - هى : الشىء المعيّن المشخّص، كبيت وسيارة، وحصان ، وكرسى ، وصبرة حنطة ، وصبرة دراهم حاضرتين [٢] . (ر: دين) .

ج - الملك :

٧ - الملك : هو حكم شرعى مقّدر فى العين أو المنفعة، ويقتضى تمكّن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك، والعوض عنه من حيث هو كذلك [٣] . (ر : ملكية) .

د - التوى :

٨ - التوى معناه : الهلاك ، والمال التاوى : هو الذاهب الذى لا يرجى [٤]. (ر : توى) .

هـ - الجحود :

٩ - الجحود : هو نفى ما فى القلب ثباته، وإثبات ما فى القلب نفيه، وليس بمرادف للنفى من كل وجه [٥] . (ر : إنكار) .

و - البيّنة :

١٠ - البيّنة : هى اسم لكلّ ما يبيّن الحقّ

(١) مصنف ابن أبى شيبة ٣/ ٢٠٢، الأموال لابن زنجويه ، ٣/ ٩٥٧، الأموال لأبى عبيد ص ٥٩٠، الدراية فى تخريج أحاديث الهداية لابن حجر ١/ ٢٤٩ ، غريب الحديث لأبى عبيد ٤/ ٤١٧، فتح القدير ٢/ ١٢٣ .

(٢) الدراية لابن حجر ١/ ٢٥٠ ، البناية على الهداية ٣/ ٢٦ ، فتح القدير ٢/ ١٢٣ ، وانظر الأموال لابن زنجويه ٣/ ٩٥٦، الأموال لأبى عبيد ص ٥٩٠ .

(١) انظر نهاية المحتاج ٣/ ١٣١ ، أسنى المطالب ١/ ٣٥٦، شرح منتهى الإرادات ١/ ٣٦٨ .

(٢) انظر مادة: ١٥٨ ، ١٥٩ من مجلة الأحكام العدلية .

(٣) الفروق للقرافى : ٢٣ .

(٤) الأموال لابن زنجويه ٣/ ٩٥٧ .

(٥) الكليات لأبى البقاء ٢/ ١٧٨ .

ويظهره . فكلّ ما يقع البيان به، ويرتفع الإشكال بوجوده فهو بيّنة [١] . (ر : شهادة وإثبات) .

ز- الغصب :

١١ - الغصب هو الاستيلاء على حق الغير عدوانا [٢] (ر : غصب) .

حكم المال الضّمار :

١٢ - لقد اختلف الفقهاء فى حكم المال الضّمار من حيث وجوب الزكاة فيه إذا وصل إلى يد مالكه بعد إياسه من الحصول عليه، وذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول :

١٣ - ذهب الشافعى - فى الجديد - وأحمد - فى رواية عنه - والثورى وزفر وأبو عبيد القاسم بن سلاّم - وهو المعتمد عند الحنابلة - إلى أنه لا زكاة فيه وهو ضمار، وإنما تجب فيه الزكاة للسنين الماضية إذا وصلت إليه يده [٣] .

(١) معين الحكام ص ٦٨، الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٤، تبصرة الحكام لابن فرحون ١/ ٢٠٢، (بهامش فتاوى عليش) .

(٢) الموسوعة جـ ٢٤/ مصطلح (سرقة ف ٥) .

(٣) شرح منتهى الإرادات ١/ ٣٦٥، والمغنى ٣/ ٤٨ (ط . مكتبة الرياض الحديثة)، البناية على الهداية ٣/ ٢٤، المهذب ١/ ١٤٩، روضة الطالبين ٢/ ١٩٢، ١٩٤، الأم ٢/ ٥١ (ط . محمد زهرى النجار) المجموع للنووى ٥/ ٣٤١ (ط . التضامن الأخوى)، بدائع الصنائع ٢/ ٩ .

واستدلوا على ذلك :

(أولا) بقول الصحابة - رضى الله عنهم - . حيث روى أبو عبيد فى كتابه (الأموال) بسنده عن على - رضى الله عنه - فى الدين المظنون أنه قال : إن كان صادقا فليزكّه إذا قبضه لما مضى [١]، وروى - أيضا - بسنده عن ابن عباس - رضى الله عنهما - أنه قال : إذا لم ترج أخذه فلا تزكّه حتى تأخذه، فإذا أخذته فزكّ عنه ما عليه [٢] .

(ثانيا) بأنّ السبب - وهو الملك - قد تحقّق . . وفوات اليد غير مخلّ بالوجوب كمال ابن السبيل ، قال الكاسانى : لأنّ وجوب الزكاة يعتمد الملك دون اليد، بدليل : ابن السبيل، فإنه تجب الزكاة فى ماله وإن كانت يده فائتة، لقيام ملكه . . فثبت أنّ الزكاة وظيفة الملك، والملك موجود، فتجب الزكاة فيه، إلاّ أنه لا يخاطب بالأداء للحال، لعجزه عن الأداء لبعد يده عنه، وهذا لا ينفى الوجوب كما فى : ابن السبيل [٣] .

وقال أبو عبيد : وذلك لأنّ هذا المال - وإن كان صاحبه غير راج له ولا طامع فيه - فإنه ماله

(١) الأموال لأبى عبيد ص ٥٨٩ (ط . مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٨٨ هـ) .

(٢) الأموال لأبى عبيد ص ٥٩٠

(٣) البدائع ٢/ ٩ .

وملك يمينه، فمتى ثبّته على غريمه بالبيّنة أو يَسُر بعد إعدام، كان حقّه جديدًا عليه، فإن أخطأه ذلك فى الدنيا فهو له فى الآخرة، وكذلك إن وجده بعد الضياع كان له دون الناس، فلا أرى ملكه زال عنه على حال، ولو كان زال عنه لم يكن أولى به من غيره عند الوجدان ! فكيف يسقط حقّ الله عنه فى هذا المال، وملكه لم يزل عنه ؟ ! أم كيف يكون أحقّ به إن كان غير مالك له ؟ (١).

القول الثانى :

١٤ - ذهب أبو حنيفة ، وصاحباه أبو يوسف ومحمد ، وأحمد - فى رواية عنه - والشافعى ، - فى القديم - ، والليث ، وأبو ثور ، وإسحاق ، وقتادة : إلى أنه لا تجب الزكاة فى المال الضِّمار، ويستقبل مالكه حولا مستأنفا من يوم قبضه (٢) ، ونقله ابن حبيب عن الإمام مالك (٣) .

واستدلوا على ذلك :

(أولا) بقول الصحابة رضى الله عنهم ، حيث روى عن على رضى الله عنه أنه قال : (لا زكاة فى مال الضِّمار) (١) .

(ثانيا) بأنّ من شروط وجوب الزكاة فى المال : الملك التام ، وهو غير متحقق فيه ، إذ هو مملوك رقبة لا يدا ، فقد خرج عن يده، وتصرفه فلم تجب عليه زكاته ، كالمال الذى فى يد مكاتبه (٢) .

(ثالثا) وبأنّ المال الضِّمار غير منتفع به فى حق المالك، لعدم وصول يده إليه ، والمال إذا لم يكن مقدور الانتفاع به فى حق المالك لا يكون المالك به غنيا، ولا زكاة على غير الغنى للحديث (٣) .

(رابعا) ولأنّ السبب فى وجوب الزكاة هو المال النامى، ولا نماء إلاّ بالقدرة على التصرف، ولا قدرة عليه فى الضِّمار، فلا زكاة، قال العينى : وذلك لأنّ النماء شرط لوجوب الزكاة، وقد يكون النماء تحقيقا كما فى عروض التجارة، أو تقديرا كما فى النقدين، والمال الذى لا يرجى عوده لا يتصور تحقق الاستنماء فيه، فلا يقدّر الاستنماء - أيضا - (٤)

(١) الأموال لأبى عبيد ص ٥٩٤، وانظر الأموال لابن زنجويه ٣/ ٩٦٢ .
(٢) البحر الرائق ٢/ ٢٢٢، مجمع الأنهر ١٩٤، الفتاوى الهندية ١/ ١٧٤، بدائع الصنائع ٢/ ٩، شرح الوقاية لصدر الشريعة ١/ ٩٨، الهداية مع فتح القدير والعناية والكفاية ٢/ ١٢١، المغنى لابن قدامة ٢/ ٤٦، ٤٨، المهذب ١/ ١٤٩، المجموع للنووى ٥/ ٣٤١، الإشراف للقاضى عبد الوهاب ١/ ١٦٦ .
(٣) الزرقانى على الموطأ ٢/ ١٠٦، المقدمات الممهدات ص ٢٢٩ .

(١) قال الحافظ ابن حجر فى (الدراية) (١/ ٢٤٩) لم أجده عن على ا . هـ وقال العينى فى البناية (٣/ ٢٦) : وقال الزيلعى : هذا غريب . قلت : أراد أنه لم يثبت مطلقا .
(٢) انظر المهذب للشيرازى ١/ ١٤٩ .
(٣) بدائع الصنائع ٢/ ٩ .
(٤) البناية على الهداية ٣/ ٢٦ .

(خامسا) ولأن السبب هو المال النامى تحقيقا أو تقديرا بالاتفاق، للاتفاق على أنّ من ملك من الجواهر النفيسة ما تساوى آلافا من الدنانير ولم ينو فيها التجارة، لا تجب فيها الزكاة . وولاية إثبات حقيقة التجارة باليد، فإذا فاتت انتفى تصوّر الاستنماء تحقيقا، فانتفى تقديرا، لأنّ الشيء إنما يقدّر تقديرا إذا تصور تحقيقا، وعلى هذا انتفى فى النقدين ـ أيضا ـ لانتفاء نمائهما التقديرى بانتفاء تصور التحقيقى بانتفاء اليد، فصار بانتفائهما كالتاوى، فلذلك لم تجب صدقة الفطر عن الآبق، وإنّما جاز عتقه عن الكفارة، لأنّ الكفارة تعتمد مجرد الملك، وبالإباق والكتابة لا ينتقص الملك أصلا، بخلاف مال ابن السبيل لثبوت التقديرى فيه، لإمكان التحقيقى إذا وجد نائبا [١].

القول الثالث :

١٥ ـ ذهب مالك ـ فى المشهور عنه ـ والأوزاعى والحسن البصرى إلى أنّ على مالكه أن يزكيه لسنة واحدة إذا قبضه [٢].

واستدلوا على ذلك :

(أولا) بما روى مالك فى الموطأ، وأبو عبيد فى الأموال، وابن أبي شيبة فى مصنفه أنّ عمر ابن عبد العزيز كتب فى مال قبضه بعض الولاة ظلما، يأمره بردّه إلى أهله، وتؤخذ زكاته لما مضى من السنين ، ثم عقّب بعد ذلك بكتاب أن لا يؤخذ منه إلاّ زكاة واحدة، فإنه كان ضمارا [١] .

قال الباجى : قوله أولا أن يؤخذ منه الزكاة لما مضى من السنين : أنه لمّا كان فى ملكه ، ولم يزل عنه ، كان ذلك شبهة عنده فى أخذ الزكاة منه لسائر الأعوام، ثم نظر بعد ذلك : فرأى أنّ الزكاة تجب فى العين، بأن يتمكن من تنميته، ولا يكون فى يد غيره، وهذا مال قد زال عن يده إلى يد غيره، ومنع هذا عن تنميته، فلم تجب عليه غير زكاة واحدة [٢] .

(ثانيا) قال القاضى عبد الوهاب : ودليلنا على أنّ عليه زكاة سنة واحدة : أنه حصل فى يده فى طرف الحول عين نصاب، فوجب عليه الزكاة، ولا يراعى تضاعيف الحول،

---

(١) فتح القدير (الميمنية ١٣١٩ هـ) ٢/ ١٢٣ .

(٢) الإشراف للقاضى عبد الوهاب ١/ ١٦٦، منح الجليل ١/ ٣٥٦، شرح الزرقانى على خليل ٢/ ١٥٨، المقدمات الممهدات لابن رشد ص ٢٢٩، المنتقى للباجى ٢/ ١١٣، القوانين الفقهية ص ١١٠ (ط . الدار العربية للكتاب) شرح الموطأ للزرقانى ٢/ ١٠٦، المغنى ٣/ ٤٧، الأموال لأبى عبيد ص ٥٩٠، الأموال لابن زنجويه ٣/ ٩٥٦، المصنف لابن أبى شيبة ٣/ ٢٠٢ .

(١) انظر الموطأ مع المنتقى ٢/ ١١٣، مصنف ابن أبى شيبة ٣/ ٢٠٢، الأموال لأبى عبيد ص ٥٩٠، الأموال لابن زنجوية ٣/ ٩٥٧ .

(٢) المنتقى للباجى ٢/ ١١٣ .

بدليل أنه لو كان معه فى أول الحول نصاب، فاشترى به سلعة ثم باعها فى آخر الحول بنصاب لزمته الزكاة، لكونها عينا طرفى الحول من غير مراعاة لوسطه [١].

(١) الإشراف على مسائل الخلاف للقاضى عبد الوهاب ١/ ١٦٦ .

صِيَام

انظر: صوم

ضمانة

انظر: كفالة

ضَمَان

التعريف :

١ - يطلق الضّمان فى اللغة على معان :

أ - منها الالتزام، تقول : ضمنت المال، إذا التزمته، ويتعدى بالتضعيف، فتقول : ضمّنته المال، إذا ألزمته إياه .

ب - ومنها : الكفالة، تقول : ضمّنته الشىء ضمانا، فهو ضامن وضمين ، إذا كفله .

ج - ومنها التغريم ، تقول : ضمّنته الشىء تضمينا، إذا غرّمته، فالتزمه [١] .

أما فى اصطلاح الفقهاء فيطلق على المعانى التالية : -

أ - يطلق على كفالة النفس وكفالة المال عند جمهور الفقهاء من غير الحنفية، وعنونوا للكفالة بالضمان .

ب - ويطلق على غرامة المتلفات والغصوب والتعييبات والتغييرات الطارئة .

ج - كما يطلق على ضمان المال، والتزامه بعقد وبغير عقد .

(١) المصباح المنير للفيومى، والقاموس المحيط للفيروز آبادى مادة : (ضمن)

د - كما يطلق على وضع اليد على المال، بغير حق أو بحق على العموم .

هـ - كما يطلق على ما يجب بإلزام الشارع، بسبب الاعتداءات : كالديات ضمانا للأنفس، والأروش ضمانا لما دونها، وكضمان قيمة صيد الحرم، وكفارة اليمين، وكفارة الظهار، وكفارة الإفطار عمدا فى رمضان .

وقد وضعت له تعاريف شتى، تتناول هذه الإطلاقات فى الجملة، أو تتناول بعضها، منها :

أ - أنه (عبارة عن رد مثل الهالك، إن كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا) [١] .

ب - وأنه (عبارة عن غرامة التالف) [٢] .

ج - وبالمعنى الشامل للكفالة - كما يقول القليوبى - : إنه التزام دين أو إحضار عين أو بدن [٣].

د - وفى مجلة الأحكام العدلية أنه إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات [٤] .

(١) غمز عيون البصائر للحموى شرح الأشباه والنظائر، لابن نجيم الحنفى ٤/ ٦ ط . دار الكتب العلمية فى بيروت . .

(٢) نيل الأوطار للشوكانى، شرح منتقى الأخبار، لابن تيمية الجد ٥/ ٢٩٩ .

(٣) حاشية القليوبى على شرح المحلى على المنهاج ٢/ ٣٢٣ .

(٤) المادة : ٤١٦ .

هـ - وعند المالكية : (شغل ذمة أخرى بالحق) [١]

الألفاظ ذات الصلة :

أ - الالتزام :

٢ - الالتزام فى اللغة . الثبوت والدوام، وفى الاصطلاح الفقهى : إلزام المرء نفسه ما لم يكن لازما لها [٢] .

ب - العقد :

٣ - العقد : ارتباط أجزاء التصرف الشرعى، بالإيجاب والقبول [٣]، وفى المجلة : [٤] ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يثبت أثره فى محله، فإذا قلت : زوجت، وقال : قبلت، وجد معنى شرعى، وهو النكاح، يترتب عليه حكم شرعى، وهو : ملك المتعة .

ج - العهدة :

٤ - العهدة فى اللغة : وثيقة المتبايعين، لأنه

(١) جواهر الإكليل للآبى، شرح مختصر سيدى خليل ٢/ ١٠٩ ط : دار المعرفة فى بيروت .

(٢) غمز عيون البصائر على محاسن الأشباه والنظائر للحموى ٢/ ٦١١ ط : الآستانة سنة ١٢٩٠ هـ ، والتعريفات للجرجانى .

(٣) درر الحكام فى شرح غرر الأحكام لملا خسرو ١/ ٣٢٦ ط : الآستانة - ١٣٢٩ - ١٣٣٠ هـ . أول كتاب النكاح، والتعريفات للجرجانى .

(٤) المادة : ١٠٣ و ١٠٤

يرجع إليها عند الالتباس [١]. وهى كتاب الشراء، أو هى الدرك [٢] أى ضمان الثمن للمشترى إن استحق المبيع أو وجد فيه عيب .

وفى الاصطلاح تطلق عند جمهور الفقهاء على هذين المعنيين : الوثيقة والدرك [٣].

وعرفها المالكية بأنها : تعلق ضمان المبيع بالبائع أى كون المبيع فى ضمان البائع بعد العقد، مما يصيبه فى مدة خاصة [٤].

والضمان أعم، والعهدة أخص .

د - التصــرف :

٥ - التصرف هو التقليب، تقول: صرفته فى الأمر تصريفا فتصرف، أى قلبته فتقلب [٥].

وفى الاصطلاح يفهم من كلام الفقهاء: أنه ما يصدر من الشخص من قول أو فعل ، ويرتب عليه الشارع حكما، كالعقد والطلاق والإبراء والإتلاف .

(١) المصباح المنير . مادة (عهد) .
(٢) مختار الصحاح . مادة (عهد) وانظر حاشية القليوبى على شرح المحلى على المنهاج ٢/ ٣٢٥ .
(٣) رد المحتار ٤/ ٢٨١ وانظر شرح المحلى على المنهاج ٢/ ٣٢٥، والاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للشربينى الخطيب وحاشية البجيرمى عليه ٢/ ١٠١ .
(٤) شرح كفاية الطالب لرسالة ابن أبى زيد القيروانى وحاشية العدوى عليها ٢/ ١٦٠ .
(٥) القاموس المحيط، مادة : (صرف) .

(ر: تصرف ف ١) وهو بهذا المعنى أعم من الضمان

مشروعية الضّمان :

٦ - شرع الضّمان، حفظا للحقوق، ورعاية للعهود، وجبرا للأضرار، وزجرا للجناة، وحدّا للاعتداء، فى نصوص كثيرة من القرآن الكريم، والسنة النبوية، وذلك فيما يلى :

أ - فيما يتصل بمعنى الكفالة، بقوله تعالى : ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [١] أى كفيل ضامن ، فقد ضمن يوسف عليه السلام لمن جاء بصواع الملك - وهو إناؤه الذى كان يشرب به -قدرما يحمله البعير من الطعام .

ب - وفيما يتصل بالإتلافات المالية ونحوها، بحديث : أنس رضى الله تعالى عنه قال : أهدت بعض أزواج النبى ﷺ إلى النبى ﷺ طعاما فى قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها، فقال النبى ﷺ : «طعام بطعام، وإناء بإناء» [٢].

ج - وفيما يتصل بضمان وضع اليد : حديث سمرة بن جندب رضى الله تعالى عنه

(١) سورة يوسف : ٧٢ .
(٢) حديث أنس : «أهدت بعض أزواج النبى ﷺ طعاما فى قصعة ....» أخرجه الترمذى (٣/ ٦٣١) وأصله فى البخارى (٥/ ١٢٤) .

قال : قال رسول الله ﷺ : «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»[1] أي ضمانه .

د - وفيما يتصل بالجنايات - بوجه عام - ونحوها قوله تعالى : ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾[2] .

هـ - وفيما يتصل بجنايات البهائم : حديث البراء بن عازب «أنه كانت له ناقة ضارية فدخلت حائطا فأفسدت فيه ، فقضى رسول الله ﷺ أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها، وأن حفظ الماشية بالليل على أهلها، وأن ما أصابت الماشية بالليل فهو على أهلها[3]» .

وحديث النعمان بن بشير، قال : قال رسول الله ﷺ : «من أوقف دابة فى سبيل من سبل المسلمين، أو فى سوق من أسواقهم، فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن»[4] .

وقد أجمع الفقهاء على أن الدماء والأموال مصونة فى الشرع، وأن الأصل فيها الحظر، وأنه لا يحل دم المسلم ولا يحل ماله إلا بحق .

ما يتحقق به الضمان :

٧ - لا يتحقق الضمان إلا إذا تحققت هذه الأمور : التعدى، والضرر، والإفضاء .

أولا : التعدى :

٨ - التعدى فى اللغة، التجاوز .

وفى الاصطلاح هو : مجاوزة ما ينبغى أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة[1] .

وضابط التعدى هو : مخالفة ما حده الشرع أو العرف .

ومن القواعد المقررة فى هذا الموضوع (أن كل ما ورد به الشرع مطلقا، ولا ضابط له فيه، ولا فى اللغة، يرجع فيه إلى العرف)[2] .

وذلك مثل : الحرز فى السرقة ، والإحياء فى الموات، والاستيلاء فى الغصب، وكذلك التعدى فى الضمان ، فإذا كان التعدى مجاوزة ما ينبغى أن يقتصر عليه ، رجع فى ضابطه

---

(١) حديث سمرة بن جندب : «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» .
أخرجه الترمذى (٣/ ٥٥٧) وأشار ابن حجر فى التلخيص (٣/ ٥٣) إلى إعلاله .

(٢) سورة النحل / ١٢٦ .

(٣) حديث البراء بن عازب «أنه كانت له ناقة ضارية . . .» .
أخرجه أحمد (٤/ ٢٩٥) والحاكم (٢/ ٤٨) وصححه الحاكم ووافقه الذهبى .

(٤) حديث النعمان : «من أوقف دابة فى سبيل من سبل المسلمين . . .»
أخرجه الدارقطنى (٣/ ١٧٩) والبيهقى (٨/ ٣٤٤) وضعف البيهقى رجلين فى إسناده .

---

(١) تفسير الرازى : (مفاتيح الغيب) ٢/ ١٢١ ط : الأستانة، دار الطباعة العامرة : ١٣٠٧ و١٣٠٨ هـ ، وتفسير الألوسى ٢/ ٥١٠ ط : المطبعة المنيرية فى القاهرة .

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطى ص ٩٨ ط:دار الكتب العلمية فى بيروت .

إلى عرف الناس فيما يعدونه مجاوزة وتعديا ، سواء أكان عرفا عاما أم خاصا .

ويشمل التعدى : المجاوزة والتقصير، والإهمال، وقلة الاحتراز، كما يشتمل العمد والخطأ [١] .

ثانيا : الضرر :

٩ ـ الضرر فى اللغة : نقص يدخل على الأعيان [٢] .

وفى الاصطلاح : إلحاق مفسدة بالغير [٣]، وهذا يشمل الإتلاف والإفساد وغيرهما .

والضرر قد يكون بالقول، كرجوع الشاهدين عن شهادتهما، بعد القضاء وقبض المدعى المال ، فلا يفسخ الحكم، ويضمنان ما أتلفاه على المشهود عليه، سواء أكان دينا أم عينا [٤] .

وقد ينشأ الضرر عن الفعل كتمزيق الثياب، وقطع الأشجار، وحرق الحصائد .

(١) راجع فروعا كثيرة فى هذا : جامع الفصولين ٢/ ١٢٢ وما بعدها، ومجمع الضمانات للبغدادى ص ٤٠ وما بعدها ط . الأولى، بالمطبعة الخيرية فى مصر : ١٣٠٨ هـ ، وتكملة فتح القدير ٩/ ٢٤٥ ط : دار إحياء التراث العربى .

(٢) المصباح المنير، مادة : ضرر .

(٣) فتح المبين لشرح الأربعين (النووية) لابن حجر الهيثمى (٢١١) ط : العامرة الشرفية فى القاهرة : ١٣٢٢ هـ .

(٤) تبيين الحقائق ٤/ ٢٤٤ .

والضرر قد يكون بالقول والفعل كما سبق، وقد يكون بالترك، ومثاله : امرأة تُصرع أحيانا فتحتاج إلى حفظها، فإن لم يحفظها الزوج حتى ألقت نفسها فى النار عند الصرع، فعليه ضمانها [١] .

ودابة غصبت فتبعها ولدها، فأكله الذئب يضمنه الغاصب، مع أنه لم يباشر فيه فعلا [٢] .

وينظر التفصيل فى مصطلح : (ضرر) .

ثالثا : الإفضاء :

١٠ ـ من معانى الإفضاء فى اللغة : الوصول يقال : أفضيت إلى الشىء : وصلت إليه [٣] .

ولا يخرج المعنى الاصطلاحى عن المعنى اللغوى .

ويشترط لاعتبار الإفضاء فى الضمان ما يلى :

ـ أن لا يوجد للضرر أو الإتلاف سبب آخر غيره، سواء أكان هو مباشرة أم تسببيا .

ـ وأن لا يتخلل بين السبب وبين الضرر،

(١) حاشية الرملى على جامع الفصولين ٢/ ٨١ نقلا عن نوازل أبى الليث .

(٢) الدر المختار ورد المحتار ٥/ ١٢٧، ١١٣

(٣) المصباح المنير .

فعل فاعل مختار، وإلا أضيف الضمان إليه، لا إلى السبب، وذلك لمباشرته . [١] .

تعدد محدثي الضرر :

إذا اعتدى جمع من الأشخاص، وأحدثوا ضررا : فإما أن يكون اعتداؤهم من نوع واحد، بأن يكونوا جميعا متسببين أو مباشرين، وإما أن يختلف بأن يكون بعضهم مباشرا، والآخر متسببا، فهاتان حالان :

الحال الأولى :

١١ - أن يكونوا جميعا مباشرين أو متسببين : فإما أن يتحد عملهم فى النوع، أو يختلف .

أ - ففى الصورة الأولى، أى إذا كانوا جميعا مباشرين أو متسببين واتحد عملهم نوعا، كان الضمان عليهم بالسوية، كما لو تعمد جماعة إطلاق النار على شخص واحد، ولم تعلم إصابة واحد منهم، يقتص منهم جميعا، وهذا محمل قول سيدنا عمر - رضى الله تعالى عنه - (لو اشترك فى قتله أهل صنعاء، لقتلتهم جميعا) [٢] .

ب - وإذا كانوا جميعا مباشرين أو متسببين، واتحد عملهم نوعا، لكن اختلف عملهم قوة وضعفا، كما لو حفر شخص حفرة فى الطريق، وجاء آخر فوسع رأسها، أو حفر الأول حفرة وعمق الآخر أسفلها، فتردى فى الحفرة حيوان أو إنسان، فالقياس عند الحنفية هو الاعتداد بالسبب القوى، لأنه كالعلة، عند اجتماعها مع السبب، وهذا رأى الإمام محمد منهم .

والاستحسان عندهم، هو الاعتداد بالأسباب التى أدت إلى الضرر جميعا، قلّت أو كثرت، وتوزيع الضمان عليها بحسب القوة والضعف، فيجب الضمان أثلاثا، وهو رأى أبى حنيفة وأبى يوسف [١] وآخرين من الحنابلة، وإن لم يميزوا بين القوة والضعف، واعتبروا الاشتراك [٢] وربما رجح بعضهم السبب الأول [٣] . كحافر الحفرة وناصب السكين فيها .

الحال الثانية :

١٢ - أن يكون المعتدون مختلفين، بعضهم مباشر، وبعضهم متسبب :

والأصل - عندئذ - تقديم المباشر على المتسبب فى التضمين [٤] وذلك للقاعدة العامة

---

(١) مجمع الضمانات (١٤٦) .

(٢) الدر المختار ورد المحتار ٥/ ٣٥٧ .

---

(١) تكملة البحر الرائق للطورى ٨/ ٣٩٧ ط : المطبعة العلمية فى القاهرة ١٣١١ هـ، ومجمع الضمانات ص ١٨٠ .

(٢) كشاف القناع ٦/ ٧ .

(٣) شرح المحلى على المنهاج ٤/ ١٤٩ .

(٤) مجمع الضمانات (٢٠٣) والأشباه والنظائر لابن نجيم (القاعدة : ١٩ ص ١٦٣) وجواهر الإكليل ٢/ ١٤٨، =

المعروفة عند جميع الفقهاء : (إذا اجتمع المباشر والمتسبب، يضاف الحكم إلى المباشر) .

ومن أمثلة هذه القاعدة مايلى :

أ - لو حفر شخص حفرة فى الطريق، فألقى آخر نفسه، أو ألقى غيره فيها عمدا، لا يضمن الحافر، بل الملقى وحده، لأنه المباشر [١].

ب - لو دل سارقا على مال إنسان، فسرقه، لا ضمان على الدال . [٢]

١٣ - ويستثنى من قاعدة تقديم المباشرة على التسبيب صور، يقدم فيها السبب على العلة المباشرة، وذلك إذا تعذرت إضافة الحكم إلى المباشر بالكلية [٣] فيضاف الحكم - وهو الضمان هنا - إلى المتسبب وحده، كما إذا دفع رجل إلى صبى سكينا ليمسكه له، فسقط من يده، فجرحه، ضمن الدافع، لأن

= والأشباه والنظائر (القاعدة : ٤٠ ص ١٦٢)، والقواعد لابن رجب الحنبلى (القاعدة : ١٢٧ صـ ٢٨٥) والمغنى ٨/ ٥٦٤، ٥٦٥ .

(١) مجمع الضمانات ص ١٨٠وجواهر الإكليل ٢/ ١٤٨ ،والقواعد لابن رجب ص ٢٨٥ .

(٢) مجمع الضمانات (٢٠٣) والتاج والإكليل لمختصر خليل للمواق ٢٧٨/٥ .

(٣) كشف الأسرار لعبد العزيز البخارى، شرح أصول فخر الإسلام البزدوى (٤/ ١٣٠٢ ط : الأستانة) .

السبب هنا فى معنى العلة [١].

تتابع الأضرار :

١٤ - إذا ترتبت على السبب الواحد أضرار متعددة، فالحكم أن المتعدى المتسبب يضمن جميع الأضرار المترتبة على تسببه، ما دام أثر تسببه باقيا لم ينقطع، فإن انقطع بتسبب آخر لم يضمن .

فمن صور ذلك عند الحنفية :

أ - سقط حائط إنسان على حائط إنسان آخر، وسقط الحائط الثانى على رجل فقتله : كان ضمان الحائط الثانى والقتيل على صاحب الحائط الأول [٢] لأن تسبب حائطه لم ينقطع .

فإن عثر إنسان بأنقاض الحائط الثانى، فانكسر، لم يضمن الأول ، لأن التفريغ ليس عليه، ولا يضمن صاحب الحائط الثانى إلا إذا علم بسقوط حائطه، ولم ينقل ترابه فى مدة تسع النقل .

ب - لو أشهد على حائطه بالميل، فلم ينقضه صاحبه حتى سقط، فقتل إنسانا، وعثر

(١) كشف الأسرار ٤/ ١٣٠١، والتوضيح على التنقيح لصدر الشريعة، مع شرح التلويح للتفتازانى ٢/ ١٣٨ ط : دار الكتب العلمية فى بيروت . والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٦٣ ط : دار الكتب العلمية فى بيروت .

(٢) مجمع الضمانات ص ١٨٥

بالأنقاض شخص فعطب، وعطب آخر بالقتيل، كان ضمان القتيل الأول وعطب الثانى على صاحب الحائط الأول، لأن الحائط وأنقاضه مطلوبان منه، أما التلف الحاصل بالقتيل الأول، فليس عليه، لأن نقله ليس مطلوبا منه، بل هو لأولياء القتيل (١).

إثبات السببية :

١٥ ـ الأصل فى الشريعة، هو أن المعتدى عليه الذى وقع عليه الضرر ، أو وليه إن قتل، هو المكلف بإثبات الضرر، وإثبات تعدى من ألحق به الضرر، وأن تعديه كان هو السبب فى الضرر.

وذلك لحديث ابن عباس رضى الله تعالى عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدعى، واليمين على من أنكر» (٢).

وتثبت السببية بإقرار المعتدى، كما تثبت بالبينة إذا أنكر وتثبت بالقرائن، وبيمين المدعي وشاهد ـ على الجملة ـ ونحوها من طرق الإثبات (١).

(ر : إثبات).

شروط الضمان :

١٦ ـ يمكن تقسيم شروط الضمان إلى قسمين : شروط ضمان الجناية على النفس، وشروط ضمان الجناية على المال.

أولا : شروط ضمان الجناية على النفس :

الجناية على النفس إن كانت عمدا وكان الجانى مكلفا يجب فيها القصاص، فإن كان الجانى غير مكلف، أو كانت الجناية خطأ وجبت فيها الدية.

وينظر التفصيل فى : (ديات).

ثانيا : شروط ضمان الجناية على المال :

تتلخص هذه الشروط فى أن يكون الاعتداء، واقعا على مال متقوم، مملوك، محترم، كما يشترط أن يكون الضرر الحادث دائما (فلو نبتت سن الحيوان لم تضمن المكسورة)، وأن يكون المعتدى من أهل الوجوب، فلا تضمن البهيمة، ولا مالكها

---

(١) الدر المختار ٥/ ٣٨٦ ومجمع الضمانات ص ١٨٥ وتكملة البحر الرائق للطورى ٨/ ٤٠٤.

(٢) حديث ابن عباس : «لو يعطى الناس بدعواهم .....» أخرجه البخارى (٨/ ٢١٣) ومسلم (٣/ ١٣٣٦) دون قوله : (لكن البينة على المدعى) الخ وفيها : (اليمين على المدعى عليه) وأخرج البيهقى (١٠/ ٢٥٢) من حديث ابن عباس مرفوعا كذلك : «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه».

---

(١) انظر الطرق الحكمية لابن القيم ص ٦٦ وما بعدها ط : دار الكتب العلمية فى بيروت.

إذا أتلفت مال إنسان وهى مسيبة، لأنه جبار.

ولا يشترط كون الجانى على المال مكلفا، فيضمن الصبى ما أتلفه من مال على الآخرين، ولا عدم اضطراره، والمضطر فى المخمصة ضامن، لأن الاضطرار لا يبطل حق الغير (١).

أسباب الضمان :

١٧ - من أسباب الضمان عند الشافعية والحنابلة مايلى:

١ - العقد ، كالمبيع والثمن المعين قبل القبض والسلم فى عقد البيع .

٢ - اليد، مؤتمنة كانت كالوديعة والشركة إذا حصل التعدى، أو غير مؤتمنة كالغصب والشراء فاسدا .

ج - الإتلاف، نفسا أو مالا (٢).

وزاد الشافعية : الحيلولة، كما لو نقل المغصوب إلى بلد آخر وأبعده، فللمالك المطالبة بالقيمة فى الحال، للحيلولة قطعا، فإذا رده ردها (٣).

وجعل المالكية أسباب الضمان ثلاثة :

أحدها : الإتلاف مباشرة، كإحراق الثوب.

وثانيها : التسبب للإتلاف، كحفر بئر فى موضع لم يؤذن فيه مما شأنه فى العادة أن يفضى غالبا للإتلاف .

وثالثها : وضع اليد غير المؤتمنة، فيندرج فيها يد الغاصب ،والبائع يضمن المبيع الذى يتعلق به حق توفية قبل القبض (١) .

الفرق بين ضمان العقد وضمان الإتلاف:

١٨ - ضمان العقد : هو تعويض مفسدة مالية مقترنة بعقد .

وضمان الإتلاف : هو تعويض مفسدة مالية لم تقترن بعقد .

وبينهما فروق تبدو فيما يلى :

أ - من حيث الأهلية، ففى العقود: الأهلية شرط لصحة التصرفات الشرعية (والأهلية - هنا - هى :أهلية أداء، وهى : صلاحية الشخص لممارسة التصرفات الشرعية التى يتوقف اعتبارها على العقل) لأنها منوطة بالإدراك والعقل، فإذا لم يتحققا لا يعتد بها (٢).

أما الإتلافات المالية، والغرامات والمؤن

(١) راجع فى هذه الشروط - البدائع ٧/ ١٦٧ و ١٦٨، وتبيين الحقائق ٦/ ١٣٧، والقوانين الفقهية ٢١٦ - ٢١٨، وكشاف القناع ٤/ ١١٦ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ص٣٦٢، والقواعد لابن رجب ص ٢٠٤ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٦٢ و ٣٦٣ .

(١) الفروق للقرافى ٤/ ٢٧، الفرق ٢١٧ و ٢/ ٢٠٦ الفرق / ١١١ .

(٢) التوضيح والتلويح ٢/ ١٦٤ وما بعدها، والبدائع ٥/ ١٣٥ .

والصلات التى تشبه المؤن، فالأهلية المجتزأ بها هى أهلية الوجوب فقط، وهى صلاحيته لثبوت الحقوق له وعليه، فحكم الصغير غير المميز فيها كحكم الكبير، لأن الغرض من الوجوب - وهو الضمان ونحوه - لا يختلف فيه حى عن آخر، وأداء الصغير يحتمل النيابة [١].

ب - من حيث التعويض، ففى ضمان العقد، لا يقوم التعويض على اعتبار المماثلة ويكون التعويض بناء على ما تراضيا عليه .

أما الإتلافات المالية فإن التعويض فيها يقوم على اعتبار المماثلة، إذ المقصود فيها دفع الضرر، وإزالة المفسدة، والضرر محظور، فتعتبر فيه المماثلة [٢] ، وذلك بعموم النص الكريم، وهو قوله تعالى : ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾ [٣] .

ج - من حيث الأوصاف والعوارض الذاتية، فقد فرق الفقهاء فى ضمانها فى العقود وفى الإتلافات، وقرر الحنفية أن الأوصاف لا تضمن بالعقد، وتضمن بالغصب، وذلك لأن الغصب قبض، والأوصاف تضمن بالفعل، وهو القبض، أما العقد فيرد على

(١) التوضيح ٢/ ١٦٣ .

(٢) المبسوط ١١/ ٨٠ .

(٣) سورة الشورى / ٤٠ .

الأعيان، لا على الأوصاف، والغصب (وكذا الإتلاف) فعل يحل بالذات بجميع أجزائها، فكانت مضمونة [١] .

محل الضمان :

١٩ - محل الضمان هو: ما يجب فيه الضمان [٢] ، سواء أكان الضمان ناشئا عن عقد، أم كان ناشئا عن إتلاف ويد، قال ابن رشد : فهو كل مال أتلفت عينه، أو تلفت عند الغاصب عينه، بأمر من السماء، أو سلطت اليد عليه وتملك [٣] .

وقال ابن القيم : محل الضمان هو ما كان يقبل المعاوضة [٤] .

ويمكن التوسع فى محل الضمان، بحيث يشمل جميع المضمونات، بأن يقسم الفعل الضار، باعتبار محله، إلى قسمين : فعل ضار واقع على الإنسان، وفعل ضار واقع على ما سواه من الأموال، كالحيوان والأشياء .

وقد اعتبر بعض الفقهاء الاعتداء على المال والحيوان ضرباً من الجنايات، فقال الكاساني :«الجناية فى الأصل نوعان : جناية

(١) الهداية بشروحها ٨/ ٢٥٤ و ٢٥٥ .

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ٢/ ٣٨٧ ط : الثانية . دار التوفيق النموذجية فى القاهرة : ١٤٠٣ هـ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) الطرق الحكمية ص ٢٥٢ .

على البهائم والجمادات وجناية على الآدمى [١] فهـذه محالّ الضمـان، فالآدمى مضمـون بالجناية عليه، فى النفس، أو الأطراف .

وأمـا الأمـوال فتقـسم إلى : أعيان، ومنافع، وزوائد، ونواقص، وأوصاف [٢]. ونبحثها فيما يلى :

أولا : الأعيـان :

٢٠ ـ وهى نوعان : أمانات، ومضمونات [٣].

فالأمـانـات : يجب تسليمهـا بذاتهـا، وأداؤهـا فور طلبهـا، بالنص، وهـو قولـه تعالى : ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلهـا﴾ [٤]، وتضمن حال التعـدى، وإلا فلا ضمان فيها، ومن التعدى الموت عن تجهيل لها، إلا ما استثنى [٥].

والمضمـونـات، تضمن بالإتـلاف، وبالتلف ولو كان سماويا [٦] .

(١) البدائع ٧/ ٢٣٣ .

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز- بهامش المجموع شرح المهذب ١١/ ٢٥٦، وقواعد الأحكام ١/ ١٥٢ وما بعدها .

(٣) البدائع ٦/ ٧ .

(٤) سورة النساء / ٥٨ .

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢٧٣) وابن عابدين ٤/ ٤٩٤، وجواهر الإكليل ٢/ ١٤٠، والمهذب ١/ ٣٦٦، والمغني ٦/ ٣٨٢ ـ ٣٨٣ .

(٦) بداية المجتهد ٢/ ٣٨٧ .

والأعيان المضمونة نوعان :

الأول : الأعيان المضمونة بنفسها، وهى التى يجب بهلاكهـا ضمان المثـل أو القيمـة، كالمغصوب، والمبيع بيعا فاسدا، والمهر فى يد الزوج، وبدل الخلع ـ إذا كان عينا معينة ـ وبدل الصلح عن دم العمد، إذا كان عينا .

الثانى : الأعيان المضمونة بغيرها، وهى التى يجب بهلاكهـا الثمن أو الدين، كالمبيع إذا هلك قبل القبض، سقط الثمن، والرهن إذا هلك سقط الدين، وهذا عند الحنفية [١].

وعند المالكية : الأعيان المضمونة، إما أن تكـون مضمـونـة بسبـب العـدوان، كالمغصوبات، وإما أن تكون مضمونة بسبب قبض بغير عدوان، بل بإذن المالك على وجه انتقال تملكه إليه، بشراء، أو هبة، أو وصية، أو قرض، فهـو ضامن ـ أيضا ـ سواء أكان البيع صحيحا، أم كان فاسدا [٢].

وكـذلـك الأمـر عند الحنابلة فقد عرفوا الأعيان المضمـونـة، بأنها التى يجب ضمانها بالتلف والإتـلاف، سواء أكان حصولها بيد الضـامن بفعل مباح، كالعارية، أو محظور كالمغصـوب، والمقبـوض بعقـد فاسـد، ونحوهما [٣] .

(١) الدر المختار ٤/ ٢٦٨ .

(٢) القوانين الفقهية ص٢٢٠ وانظر الفروق للقرافي ٤/ ١٠٦، (ط : الأولى ١٣٤٤هـ) .

(٣) القواعد لابن رجب ص٥٤ و ٣٠٨ .

وعدّ السيوطى المضمونات، وأوصلها إلى ستة عشر، وبيّن حكم كلّ، ومنها : الغصب، والإتلاف، واللقطة، والقرض، والعارية، والمقبوض بسوم . . . . [١].

٢١ - وهل تشمل الأعيان المضمونة العقارات ؟

مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، ومحمد من الحنفية، أن العقار يضمن بالتعدى، وذلك بغصبه، وغصبه متصور، لأن الغصب هو : إثبات اليد على مال الغير بغير إذن مالكه، أو هو : الاستيلاء على حق الغير عدوانا، أو إزالة يد المالك عن ماله - كما يقول محمد من الحنفية - والفعل فى المال ليس بشرط، وهذا يتحقق فى العقار والمنقول .

وقد قال النبى ﷺ فيمن استولى على أرض غيره «من ظلم قِيدَ شبر من الأرض، طُوِّقَه من سبع أرضين» [٢].

ومذهب أبى حنيفة، أن الغصب إزالة يد المالك عن ماله بفعل فى المال، ولهذا عرفه فى الكنز بأنه إزالة اليد المحقة، بإثبات اليد المبطلة، وهذا لا يوجد فى العقار، ولأنه لايحتمل النقل والتحويل، فلم يوجد الإتلاف حقيقة ولاتقديرا .

فلو غصب دارا فانهدم البناء، أو جاء سيل فذهب بالبناء والأشجار، أو غلب الماء على الأرض فبقيت تحت الماء فعليه الضمان عند الجمهور، ولا ضمان عليه عند أبى حنيفة وأبى يوسف .

ولو غصب عقارا، فجاء آخر فأتلفه، فالضمان على المتلف، عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وعند الجمهور يخير المالك بين تضمين الغاصب أو المتلف [١].

وقالوا : لو أتلفه بفعله أو بسكناه، يضمنه، لأنه إتلاف، والعقار يضمن به، كما إذا نقل ترابه [٢].

ثانيا : المنافع :

٢٢ - ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المنافع أموال متقومة فى ذاتها فتضمن بالإتلاف، كما تضمن الأعيان، وذلك :

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٥٦ - ٣٦٠ .

(٢) حديث : «من ظلم قيد شبر من الأرض . . .»
أخرجه البخارى (٥/ ١٠٣) ومسلم (٣/ ١٢٣٢) من حديث عائشة رضى الله عنها .

---

(١) البدائع ٧/ ١٤٦، وتبيين الحقائق ٥/ ٢٢٢ و٢٢٤ وجامع الفصولين ٢/ ٨٥، والشرح الكبير للدردير بحاشية الدسوقى ٣/ ٤٤٢ و٤٤٣، والقوانين الفقهية ص٢١٧ والإقناع للخطيب الشربينى بحاشية البجيرمى ٣/ ١٣٧ ومابعدها، وشرح المحلى على المنهاج ٣/ ٢٧، وكشاف القناع ٤/ ٧٧ .

(٢) مجمع الضمانات (١٢٦) فى فروع أخرى.

أ - لأنها الغرض الأظهر من جميع الأموال [1].

ب - ولأن الشارع أجاز أن تكون مهرا فى النكاح، فى قصة موسى وشعيب - عليهما السلام - مع اشتراط كون المهر فيه مالا بالنص بقوله تعالى: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ [2].

ج - ولأن المال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، أو هو - كما يقول الشاطبى - ما يقع عليه الملك، ويستبد به المالك، والمنافع منا أو من غيرنا بهذه الصفة، وإنما تعرف مالية الشيء بالتمول والناس يعتادون تمول المنافع بالتجارة فيها، فإن أعظم الناس تجارة الباعة، ورأس مالهم المنفعة. [3].

د - ولأن المنفعة - كما قال عز الدين بن عبد السلام - مباحة متقومة، فتجبر فى العقود الفاسدة والصحيحة، وبالفوات تحت الأيدى المبطلة، والتفويت بالانتفاع، لأن الشرع قد قومها، ونزلها منزلة الأموال، فلا فرق بين جبرها بالعقود وبين جبرها بالتفويت والإتلاف [4].

(١) قواعد الأحكام ١/ ١٧٢.
(٢) سورة النساء / ٢٤.
(٣) المبسوط ١١/ ٧٨، والموافقات ٢/ ١٧، وانظر المغنى بالشرح الكبير ٥/ ٤٣٥ و ٤٣٦.
(٤) القواعد ١/ ١٧١ و ١٧٢.

وذهب الحنفية إلى أن المنافع لاتضمن بالغصب، سواء استوفاها أم عطلها أم استغلها، ولاتضمن إلا بالعقد، وذلك:

أ - لأنها ليست بمال متقوم، ولا يمكن ادخارها لوقت الحاجة، لأنها لا تبقى وقتين، ولكنها أعراض كلما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول [1]. وفى ذلك يقول السرخسى: المنافع لا تضمن بإتلاف بغير عقد ولا شبهة [2].

ب - ولأن المنفعة إنما ورد تقويمها فى الشرع - مع أنها ليست ذات قيمة فى نفسها - بعقد الإجارة، استثناء على خلاف القياس، للحاجة لورود العقد عليها، وما ثبت على خلاف القياس يقتصر فيه على مورد النص [3].

والمالكية يضمنون الغاصب إذا غصب لغرض المنفعة بالتعدى، كما لو غصب دابة أو دارا للركوب والسكنى فقط، فيضمنها بالاستعمال، ولو كان استعماله يسيرا.

(١) المبسوط ١١/ ٧٩.
(٢) المرجع السابق ١١/ ٧٨.
(٣) تبيين الحقائق ٥/ ٢٣٤، والاختيار ٣/ ٦٤ و ٦٥، والمبسوط ١١/ ٧٨ و ٨٠، وانظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٨٤، ٢٨٥.

ولايضمن الذات في هذه الحال لو تلفت بسماوى [١].

ثالثا : الزوائد :

٢٣ - وتتمثل فى زوائد المغصوب ونمائه .

أ - ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنها مضمونة ضمان الغصب، لأنها مال المغصوب منه، وقد حصلت فى يد الغاصب بالغصب، فيضمنها بالتلف كالأصل الذي تولدت منه [٢]

ب - وعند الحنفية أن زوائد المغصوب - سواء أكانت متصلة كالسمن، أم منفصلة كاللبن والولد، وثمرة البستان، وصوف الغنم - أمانة فى يد الغاصب، لا تضمن إلا بالتعدى عليها، بالأكل أو الإتلاف، أو بالمنع بعد طلب المالك .

وذلك لأن الغصب إزالة يد المالك، بإثبات اليد عليه، وذلك لا يتحقق فى الزوائد، لأنها لم تكن فى يد المالك [٣].

(١) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٤٥٢-٤٥٥، وجواهر الإكليل٢/ ١٥١ ، والقوانين الفقهية ص ٢١٩ .

(٢) شرح المحلى على المنهاج ٣/ ٣١ و ٣٢، والمغنى ٥/ ٣٩٩ و ٤٠٠ ، وكشاف القناع ٤/ ٨٧ وما بعدها، والروض المربع بشرح زاد المستنقع مختصر المقنع، ١/ ٢٤٩ ط: دار الكتب العلمية فى بيروت .

(٣) تبيين الحقائق ٥/ ٢٣٢ ، والبدائع ٧/ ١٦٠ ، وانظر بداية المجتهد ٢/ ٣٩١ ، والقوانين الفقهية ص٢١٧ .

ج - وللمالكية هذا التفصيل :

أولا : ما كان متولدا من الأصل وعلى خلقته، كالولد، فهو مردود مع الأصل .

ثانيا : وما كان متولدا من الأصل، على غير خلقته مثل الثمر ولبن الماشية ففيه قولان : أحدهما أنه للغاصب، والآخر أنه يلزمه رده قائما، وقيمته تالفا .

ثالثا وما كان غير متولد، ففيه خمسة أقوال :

١ - قيل: يرد الزوائد مطلقا، لتعديه، من غير تفصيل .

٢ - وقيل: لايردها مطلقا من غير تفصيل، لأنها فى مقابلة الضمان الذى عليه .

٣ - وقيل: يرد قيمة منافع الأصول والعقار، لأنه مأمون ولا يتحقق الضمان فيه، ولايرد قيمة منافع الحيوان وشبهه مما يتحقق فيه الضمان .

٤ - وقيل: يردها إن انتفع بها، ولايردها إن عطلها .

٥ - وقيل: يردها إن غصب المنافع خاصة، ولايردها إن غصب المنافع والرقاب [١].

(١) بداية المجتهد ٢/ ٣٩١ و ٣٩٢، والقوانين الفقهية ص ٣٢٤ .

رابعـا : النواقـص :

٢٤ ـ لا يختلف الفقهـاء فى ضمان نقص الأموال بسبب الغصب، أو الفعل الضار، أو الإتلاف أو نحوها، سواء أكان ذلك النقص عمدا أم خطأ أم تقصيرا، لأن ضمان الغصب ـ كما يقول الكاسانى ـ ضمان جبر الفائت، فيتقدر بقدر الفوات [(١)] .

فمـن نقص فى يده شيء فعليه ضمان النقصان، وفيـه تفصيـل فـى المـذاهب الفقهيـة :

أ ـ مذهب الحنفية أن النقص إمـا أن يكون يسيرا، وإما أن يكون فاحشا .

والصحيح عندهم ـ كما قال الزيلعى أن اليسير مالا يفوت به شىء من المنفعة، بل يدخل فيه نقصان فى المنفعة، كالخرق فى الثوب [(٢)] .

والفـاحش: مايفوت به بعض العين وبعض المنفعة، ويبقى بعض العين وبعض المنفعة .

وقيل اليسـير: مالم يبلغ ربع القيمـة، والفـاحش مايساوى ربع القيمة فصاعدا، وبهذا أخذت المجلة فى المادة (٩٠٠) .

ففى النقصـان اليسـير ليس للمالك إلا أخذ عين المغصوب، لأن العين قائمة من كل وجه، ويضمن الغاصب النقصان .

وفى النقص الفـاحش، يخير المالك بين أخـذ العين، وتضمين الغاصب النقصان، وبين ترك العين للغاصب وتضمينه قيمة العين [(١)] .

فلو ذبح حيوانا لغيره مأكول اللحم، أو قطع يده، كان ذلـك إتـلافـا من بعض الوجوه، ونقصا فاحشا، فيخير فيه المغصوب منـه، ولـو كان غير مأكول اللحم، ضمن الغاصب الجميع، لأنه استهلاك مطلق من كل وجه، وإتلاف لجميع المنفعة [(٢)] .

ولـو غصب العقـار، فانهدم أو نقص بسكناه، ضمنه، لأنه إتلاف بفعله، والعقار يضـمن بالإتـلاف، ولا يشـترط لضـمان الإتلاف أن يكون بيده .

وهذا بخلاف مالو هلك العقار، بعد أن غصبـه وهـو فى يده فإنـه لايضمنه، لأنه لم يتصرف فيه بشىء، فلا يجب الضمان عند الشيخـين، لأنه غاصب للمنفعة، وليست مالا، ولأنـه منـع المـالـك عن الانتفاع ولا يضمن عينه [(٣)] .

(١) البدائع ٧/ ١٥٥ .
(٢) تبيين الحقائق ٥/ ٢٢٩ .

(١) المرجع السابق، والدر المختار ٥/ ١٢٣ .
(٢) الاختيار شرح المختـار ٣/ ٦٢ و٦٣ (ط: دار المعـرفـة فى بيروت ، وتبيين الحقـائق ٥/ ٢٢٦ و ٢٢٧، والـدر المختار ٥/ ١٢٥ ، والهـداية وشروحهـا ٨/ ٢٥٩ ومـا بعـدهـا، والبـدائع ٧/ ١٦٠ ومابعدها .
(٣) تبيين الحقـائق ٥/ ٢٢٤ و ٢٢٥ ومجمع الضمانات ص١٢٦، وجامع الفصولين ٢/ ٩٢ وفيه دليل نفيس وجيه .

ب ـ ومذهب المالكية فى النقص، أنه إما أن يكون من قبل الخالق، أو من قبل المخلوق.

فإن كان من قبل الخالق، فليس للمغصوب منه إلا أن يأخذه ناقصا ـ كما يقول ابن جنى ـ أو يضمن الغاصب قيمة المغصوب يوم الغصب.

وقيل: إن له أن يأخذه ويضمن الغاصب قيمة العيب.

وإن كان من قبل المخلوق وبجنايته فالمغصوب منه مخير:

١ ـ بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب، ويتركه للغاصب، وبين أن يأخذه ويأخذ قيمة النقص، يوم الجناية عند ابن القاسم، أو يوم الغصب، عند سحنون.

٢ ـ وعند أشهب وابن المواز: هو مخير بين أن يضمنه القيمة، وبين أن يأخذه ناقصا، ولا شىء له فى الجناية، كالذى يصاب بأمر من السماء [1].

ولهم تفصيل فى ضمان البناء أو الغرس فى العقار، نذكره فى أحكام الضمان الخاصة، إن شاء الله تعالى.

ج ـ ومذهب الشافعية والحنابلة: أن كل عين مغصوبة، على الغاصب ضمان نقصها، إذا كان نقصا مستقرا تنقص به القيمة، سواء كان باستعماله، أم كان بغير استعماله، كمرض الحيوان، وكثوب تخرق، وإناء تكسر، وطعام سوس، وبناء تخرب، ونحوه فإنه يردها، وللمالك على الغاصب أرش النقص ـ مع أجرة المثل، كما قال القليوبى ـ لأنه نقص حصل فى يد الغاصب، فوجب ضمانه [1].

خامسا: الأوصاف وضمانها:

٢٥ ـ إذا نقصت السلعة، عند الغاصب، بسبب فوات وصف، فإما أن يكون ذلك بسبب هبوط الأسعار فى السوق، وإما أن يكون بسبب فوات وصف مرغوب فيه:

أ ـ فإن كان النقص بسبب هبوط الأسعار فى الأسواق، فليس على الغاصب أو المتعدى ضمان نقص القيمة اتفاقا، لأن المضمون نقصان المغصوب، ونقصان السعر ليس بنقصان المغصوب، بل لفتور يحدثه الله فى قلوب العباد، لاصنع للعبد فيه، فلا يكون

(١) بداية المجتهد ٢/ ٣٨٨، والقوانين الفقهية ص ٢١٧ وانظر جواهر الإكليل ٢/ ١٥١، والشرح الكبير للدردير ٣/ ٤٥٣ و ٤٥٤، ومنح الجليل على مختصر سيدى خليل للشيخ محمد عليش بحاشيته تسهيل منح الجليل ٣/ ٥٣٧، ٥٣٨ ط: دار صادر فى بيروت.

(١) شرح المحلى مع حاشية القليوبى ٣/ ٣٩ وشرح الشربينى الخطيب على الإقناع وحاشية البجيرمى عليه ٣/ ١٤٠، ١٤١، وكفاية الأخيار فى حل غاية الاختصار للحصنى ١/ ١٨٣ ط: دار المعرفة فى بيروت. والمغنى بالشرح الكبير ٥/ ٣٨٥، وكشاف القناع ٣/ ٩١ ومابعدها.

مضموناً وهذا ما أخذت به المجلة (المادة: ٩٠٠)، ولأنه لاحق للمغصوب منه فى القيمة، مع بقاء العين، وإنما حقه فى العين، وهى باقية، كما كانت، ولأن الغاصب إنما يضمن ماغصب، والقيمة لاتدخل فى الغصب.

ب - وإن كان النقص بسبب فوات وصف مرغوب فيه، فهو مضمون باتفاق الفقهاء كما لو سقط عضو الحيوان المغصوب، وهو فى يد الغاصب بآفة سماوية، أو حدث له عند الغاصب عرج أوشلل أو عمى، ونحو ذلك فإن المالك يأخذ المغصوب، ويضمن الغاصب النقصان: لفوات جزء من البدن، أو فوات صفة مرغوب فيها؛ ولأنه دخلت جميع أجزائه فى ضمانه بالغصب، فلما تعذر رد عينه، يجب رد قيمته.

وطريق معرفة النقصان أن يقوّم صحيحاً، ويقوّم وبه العيب، فيجب قدر ما بينهما [١].

تصنيف العقود من حيث الضمان :

٢٦ - يمكن تصنيف العقود من حيث الضمان إلى أربعة أقسام:

أولا : فهناك عقد شرع للضمان، أو هو الضمان بذاته، وهو : الكفالة - كما يسميها الحنفية - وهى - أيضا - : الضمان كما يسميها الجمهور .

ثانيا : وهناك عقود لم تشرع للضمان، بل شرعت للملك والربح ونحوهما، لكن الضمان يترتب عليها باعتباره أثرا لازما لأحكامها، وتسمى : عقود ضمان، ويكون المال المقبوض فيها مضمونا على القابض، بأى سبب هلك، كعقد البيع ، والقسمة، والصلح عن مال بمال، والمخارجة، والقرض، وكعقد الزواج ، والمخالعة.

ثالثا : وهناك عقود يتجلى فيها طابع الحفظ والأمانة، والربح فى بعض الأحيان، وتسمى عقود أمانة، ويكون المال المقبوض فيها أمانة فى يد القابض، لايضمنه إلا إذا تلف بسبب تقصيره فى حفظه، كعقد الإيداع، والعارية، والشركة بأنواعها، والوكالة، والوصاية.

رابعا : وهناك عقود ذات وجهين، تنشىء الضمان من وجه، والأمانة من وجه، وتسمى لهذا، عقود مزدوجة الأثر، كعقد الإجارة، والرهن والصلح عن مال بمنفعة.

٢٧ - ومناط التمييز - بوجه عام - بين عقود الضمان، وبين عقود الأمانة، يدور مع

---

(٦) البدائع ٧/ ١٥٥ ، ومجمع الضمانات ص١٣٣ والشرح الكبير للدردير ٣/ ٤٥٢ و ٤٥٣ و ٤٥٤، ومنح الجليل ٣/ ٥٣٧، والإقناع وحاشية البجيرمى عليه ٣/ ١٤٠-١٤١، وكشاف القناع ٤/ ٩١، ٩٢، ٩٣، والمغنى بالشرح الكبير ٥/ ٤٠٠-٤٠٢ .

المعاوضة : فكلما كان فى العقد معاوضة ، كان عقد ضمان ، وكلما كان القصد من العقد غير المعاوضة ، كالحفظ ونحوه ، كان العقد عقد أمانة .

ويستند هذا الضابط المميز، إلى قول المرغينانى من الحنفية ، فى تعليل كون يد أحد الشركاء فى مال الشركة ، يد أمانة : لأنه قبض المال بإذن المالك ، لا على وجه البدل والوثيقة ، فصار كالوديعة [(١)] .

وهذا يشير إلى أن القبض الذى يستوجب الضمان ، هو: ماكان بغير إذن المالك ، كالمغصوب ، وما كان بسبيل المبادلة ، أي المعاوضة ، أو ما كان بسبيل التوثيق ، كالرهن والكفالة .

والرهن - فى الواقع - يؤول إلى المعاوضة ، لأنه توثيق للبدل ، وكذا الكفالة ، فكان المعول عليه فى ضمان العقود ، هو المبادلة ، وفى غير العقود ، هو عدم الإذن ، وما المبادلة إلا المعاوضة ، فهى منشأ التمييز، بين عقود الضمان ، وبين عقود الحفظ والأمانة .

وبيان الضمان فى هذه العقود فيما يلى :

(١) الهداية بشروحها ٤٠٤/٥ ، وانظر أيضا فى التعليل نفسه ، تبيين الحقائق للزيلعى وحاشية الشلبى عليه ٣٢٠/٣ نقلا عن الإتقانى .

أولا : الضمان فى العقود التى شرعت للضمان :

الضمان فى عقد الكفالة :

٢٨ - إذا صح الضمان - أو الكفالة باستجماع شروطها - لزم الضامن أداء ماضمنه ، وكان للمضمون له (الدائن) مطالبته ، ولا يعلم فيه خلاف ، وهو فائدة الضمان [(١)] ثم :

إذا كانت الكفالة بأمر المدين ، وهو المكفول عنه ، رجع عليه الكفيل بما أدى عنه بالاتفاق - على مايقول ابن جزى - فى الجملة .

أما إذا كانت الكفالة بغير إذن المكفول عنه ، ففى الرجوع خلاف :

فمذهب الحنفية عدم الرجوع ، إذ اعتبر متبرعا فى هذه الحال [(٢)] .

والمالكية قرروا الرجوع فى هذه الحال إن ثبت دفع الكفيل ببينة ، أو بإقرار صاحب الحق ، وعللوه بسقوط الدين بذلك [(٣)] .

والشافعية فصّلوا ، وقالوا :

إن أذن المكفول عنه ، فى الضمان

(١) المغنى - بالشرح الكبير - ٧٣/٥ .
(٢) الدر المختار ٢٧١/٤ و٢٧٢ ، والهداية بشروحها ٣٠٤/٦ و ٣٠٥ .
(٣) الشرح الكبير للدردير ٣٣٥/٣ و ٣٣٦ ، والقوانين الفقهية ص ٢١٤ .

والأداء فأدى الكفيل، رجع.

وإن انتفى إذنه فيهما فلا رجوع.

وإن أذن في الضمان فقط، ولم يأذن في الأداء، رجع في الأصح، لأنه أذن في سبب الغرم.

وإن أذن في الأداء فقط، من غير ضمان، لا يرجع في الأصح، لأن الغرم في الضمان، ولم يأذن فيه [١].

واعتبر الحنابلة نية الرجوع عند قضاء الدين عن المكفول عنه، فقرروا أنه:

إن قضى الضامن الدين متبرعا، لا يرجع، سواء أضمنه بإذنه أم بغير إذنه، لأنه متطوع بذلك.

وإن قضاه ناويا الرجوع، يرجع لأنه قضاه مبرئا من دين واجب، فكان له الرجوع.

ولو قضاه ذاهلا عن قصد الرجوع وعدمه، لايرجع، لعدم قصد الرجوع، سواء أكان الضمان أو الأداء بإذن المضمون عنه، أم بغير إذن [٢].

ولهم تفصيل رباعي في نية الرجوع يقرب من تفصيل الشافعية [٣].

(يراجع فيه مصطلح: كفالة).

(١) شرح المحلى على المنهاج بحاشية القليوبي عليه ٢/٣٣١.
(٢) كشاف القناع ٣/٣٧١.
(٣) المغني - بالشرح الكبير ٥/٨٦ - ٨٩.

٢٩ - إذا مات الكفيل قبل حلول أجل الدين، ففي حلول الدين ومطالبة الورثة به خلاف ينظر في :(مصطلح: كفالة).

ضمان الدرك:

٣٠ - قصر الحنفية ضمان الدرك، على ضمان الثمن عند استحقاق المبيع [١]، وقالوا:

هو: الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع [٢].

والدّرك هو: المطالبة والتبعة والمؤاخذة [٣].

ويقال له: ضمان العهدة، عند الشافعية والحنابلة [٤].

وعرفوه بأنه: ضمان الثمن للمشتري، إن ظهر المبيع مستحقا أو معيبا أو ناقصا، بعد قبض الثمن [٥] وضمان الدرك صحيح عند جماهير الفقهاء وذلك: [٦].

أ - لأن المضمون هو المالية عند تعذر الرد [٧]،والمضمون - كما يقول العدوي - في المعيب قيمة العيب، وفي المستحق

(١) رد المحتار ٤/٢٨١.
(٢) المرجع السابق ٤/٢٦٤.
(٣) حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/٣٧٩.
(٤) شرح المحلى على المنهاج بحاشية القليوبي ٢/٣٢٥، وانظر كشاف القناع ٣/٣٦٩.
(٥) المرجعان السابقان.
(٦) كشاف القناع ٣/٣٦٩.
(٧) الهداية بشروحها ٦/٢٩٨، وما بعدها و٩/٨٦ وما بعدها.

الثمن [١]، وهو جائز بلا نزاع [٢].

ب ـ ولأن الضمان هنا، كفالة، والكفالة لالتزام المطالبة، والتزام الأفعال يصح مضافا إلى المآل، كما فى التزام الصوم والصلاة بالنذر [٣].

ج ـ وقال الحنابلة فى تعليل جوازه: لأن الحاجة تدعو إلى الوثيقة، وهى: ثلاثة: الشهادة والرهن والضمان، فالأولى لا يستوفى منها الحق، والثانية ممنوعة، لأنه يلزم حبس الرهن إلى أن يؤدى، وهو غير معلوم، فيؤدى إلى حبسه أبدا، فلم يبق غير الضمان.

د ـ وقالوا: ولأنه لو لم يصح لامتنعت المعاملات مع من لم يعرف، وفيه ضرر عظيم، رافع لأصل الحكمة، التى شرع من أجلها البيع [٤].

ونصَّ الحنفية على أن شرط ضمان الدرك ثبوت الثمن على البائع بالقضاء [٥]، فلو استحق المبيع قبل القضاء على البائع بالثمن، لايؤخذ ضامن الدرك، إذ بمجرد الاستحقاق لاينتقض البيع على الظاهر، إذ يعتبر البيع موقوفا عند أبى حنيفة، ولهذا لو أجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز ولو بعد

(١) حاشية العدوى على شرح الخرشى ٦/٢٤ .
(٢) المرجع السابق والهداية ـ بشروحها ٦/٢٩٨ .
(٣) الهداية وشروحها فى الموضع نفسه .
(٤) كشاف القناع ٣/٣٦٩ .
(٥) رد المحتار ٤/٢٦٤ .

قبضه، وهو الصحيح، فما لم يقض بالثمن على البائع لايجب رد الثمن على الأصيل، فلايجب على الكفيل [١].

ونص الشافعية على أنه لايصح قبل قبض الثمن، لأنه إنما يضمن مادخل فى ضمان البائع، وقيل: يصح قبل قبضه، لأنه قد تدعو الحاجة إليه، بأن لايسلم الثمن إلا بعده [٢].

ثانيا: العقود التى لم تشرع للضمان ويترتب عليها الضمان:

الضمان فى عقد البيع:

٣١ ـ ذهب جمهور الفقهاء، إلى أن المبيع فى البيع الصحيح، فى ضمان البائع، حتى يقبضه المشترى، مع رواية تفرقة الحنابلة بين المكيلات، والموزونات، ونحوها، وبين غيرها [٣].

وذهب المالكية إلى أن الضمان ينتقل إلى المشترى ـ كما يقول ابن جزى ـ بنفس العقد، إلا فى مواضع منها: مابيع على الخيار، وما بيع من الثمار قبل كمال طيبه [٤]. . . .

(١) الدر المختار ورد المحتار ٤/٢٨٢ .
(٢) شرح المحلى على المنهاج ٢/٣٢٦ .
(٣) البدائع ٥/٢٣٨، وروضة الطالبين ٣/٤٩٩، والشرح الكبير مع المغنى ٤/١١٦ و ١١٧ .
(٤) القوانين الفقهية ص ١٦٤ .

وأهم مايستوجب الضمان فى عقد البيع : هلاك المبيع ، وهــلاك الثمن ، واستحقـاق المبيع ، وظهور عيب قديم فيه .

ويلحق به : ضمان المقبـوض على سوم الشراء ، وضمان المقبوض على سوم النظر، وضمان الدرك .

وبيان ذلك مايلى:

هـلاك المبيـع :

٣٢ - يفـرق فى الحكم فيه ، تبعـا لأحـوال هلاكه : هلاك كله ، وهلاك بعضه ، وهلاك نمائه ، وهلاكه في البيع الصحيح ، والفاسد ، والباطل ، وهلاكه وهو فى يد البائع : أو فى يد المشتـري .

وينـظر تفصيل ذلـك فى : (بيع ف ٥٩ ومصطلح : هلاك)

هـلاك نماء المبيـع :

٣٣ - الأصـل المقرر عند الحنفية أن زوائد المبيع مبيعـة - كما يقـول الكاسانى - إلا إذا كانت منفصلة غير متولدة من الأصل ، كغلة المبـانى والعقـارات ، فإنها إمـا أن تحدث فى المبيع قبل قبضه أو بعده:

أ - فقبل القبض ، إذا أتلف البائع الزيادة يضمنهــا ، فتسقط حصتهـا من الثمن عن المشترى ، كما لو أتلف جزءاً من المبيع ، وكما لو أتلفها أجنبى .

وإذا هلكت بآفـة سماوية ، كما لو هلك الـثمــر ، فلا تضمن ، لأنها كالأوصــاف ، لايقابلها شيء من الثمن ، وإنها وإن كانت مبيعة ، لكنها مبيعة تبعا لاقصدا .

ب - أمـا لو هلكت بعـد أن قبضهـا المشترى ، أو أتلفها هو ، فهى غير مضمونة بقبضـه ، ولهـا حصتهـا من الثمن ، فيقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض [١] . ولو أتلفها أجنبى ، ضمنها بلا خلاف ، لكن المشترى بالخيار:

إن شاء فسخ العقد ، ويرجع البائع على الجاني بضمان الجناية .

وإن شاء اختـار البيع ، واتبـع الجـانى بالضمان ، وعليه جميع الثمن كما لو أتلف الأصل [٢] .

الضمان فى البيع الباطل :

٣٤ - جمهور الفقهاء لايفرقون فى قواعدهم العـامـة بين البيع البـاطل ، والبيع الفاسد والحنفية هم الذين فرقوا بينهما .

والبيع البــاطـل لايثبت الملك أصـلا ، ولاحكم لهذا البيع ، لأن الحكم للمـوجود ، ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة .

(١) البدائع ٥/٢٥٦ .
(٢) البدائع ٥/٢٥٦ ، ٢٥٧ .

وفى ضمانه تفصيل ينظر فى: (بطلان ف ٢٦، ٢٧ والبيع الباطل ف ١١).

ضمان البيع الفاسد :

٣٥ - كل بيع فاته شرط من شروط الصحة فهو فاسد [١] كأن كان فى المبيع جهالة، كبيع شاة من قطيع، أوغرر كبيع بقرة على أنها تحلب كذا فى اليوم، أو كان منهيا عنه، كبيع الطعام قبل قبضه، وبيع العينة.

ومع الاتفاق على وجوب فسخه، وخبث الربح الناشىء عنه، فقد اختلف فى ضمان المبيع فيه بعد قبضه، وملكه :

ومذهب الشافعية والحنابلة أنه وإن كان لايملك بالقبض، ولاينفذ التصرف فيه ببيع ولا هبة، لكنه يضمن ضمان الغصب، وعليه مؤنة رده كالمغصوب؛ وإن نقص ضمن نقصانه، وزوائده مضمونة، وفى تعيبه أرش النقص، وفى تلفه وإتلافه الضمان.

وعلله ابن قدامة بأنه مضمون بعقد فاسد، فلم يملكه، كالميتة، فكان مضمونا فى جملته، فأجزاؤه مضمونة أيضا [٢].

ومذهب الحنفية أن البيع الفاسد يفيد الملك إذا اتصل به القبض، ولم يكن فيه

(١) البدائع ٥/٢٩٩ .

(٢) روضة الطالبين ٣/٤٠٨ وما بعدها، وحاشية القليوبى ٢/٢٧٦، والمغنى ٤/٥٦، وكشاف القناع ٣/١٨٨ .

خيار شرط لحديث بريرة المعروف [١] ولصدور العقد من أهله ووقوعه فى محله، لكنه ملك خبيث حرام لمكان النهى؛ وهذا هو الصحيح، المختار عندهم [٢].

ويكون مضمونا فى يد المشترى، ويلزمه مثله إن كان مثليا، وقيمته إن كان قيميا، بعد هلاكه أو تعذر رده [٣].

ومذهب المالكية أن المشترى إذا قبض المبيع فى البيع الفاسد، دخل فى ضمانه، لأنه لم يقبضه على جهة الأمانة، وإنما قبضه على جهة التمليك، بحسب زعمه، وإن لم ينتقل إليه الملك بحسب الأمر نفسه [٤].

ونص الأبى على أن ملك الفاسد لاينتقل إلى المشترى بقبضه، بل لابد من فواته [٥] (سواء أنقد الثمن أم لا) قال ابن الحاجب:

لا ينتقل الملك فيه إلا بالقبض والفوات [٦].

والفوات - كما يقول ابن جزى - يكون بخمسة أشياء، ذكر منها تغير الذات

(١) حديث بريرة أخرجه البخارى (فتح البارى ٥/٣١٣) ومسلم (١١٤١/٢) من حديث عائشة رضى الله عنها .

(٢) الدر المختار ٤/١٢٤، والاختيار ٢/٢٢ .

(٣) مجمع الضمانات (٢١٦) والهداية وشروحها ٦/٤٥ و٩٦، والدر المختار ٤/١٢٥ .

(٤) كفاية الطالب وحاشية العدوى ٢/ ١٤٨ .

(٥) جواهر الإكليل ٢/ ٢٧ .

(٦) نفسه . وانظر القوانين الفقهية ص١٧٢ وشرح الزرقانى على مختصر سيدى خليل ٥/ ٩٣ - ٩٦ .

والتعيب وتعلق حق الآخرين . . . [١] .

٣٦ ـ وفى وقت تقدير قيمة المبيع بيعا فاسدا خلاف بين الفقهاء :

فعند جمهور الحنفية والمالكية ، تجب القيمة يوم القبض ، وذلك لأن به يدخل فى ضمانه ، لا من يوم العقد ، لأن مايضمن يوم العقد هو العقد الصحيح [٢] .

وذهب الحنابلة وهو وجه عند الشافعية وقول محمد من الحنفية : أنه تعتبر قيمته يوم الإتلاف أو الهلاك ، لأن بهما يتقرر الضمان كما يقول محمد .

وعلله الحنابلة بأنه قبضه بإذن مالكه فأشبه العارية [٣] وهى مضمونة عندهم .

والمذهب عند الشافعية اعتبار أقصى القيمة ، فى المتقوم ، من وقت القبض إلى وقت التلف [٤] .

وهذا ـ أيضا ـ وجه ذكره الحنابلة فى الغصب ، وهو ههنا كذلك ، كما يقول المقدسى [٥] .

(١) المصادر السابقة وانظر كفاية الطالب ٢/ ١٤٨ .
(٢) الدر المختار ٤/ ١٢٥ ، ومجمع الضمانات ص١٢٤ ، وكفاية الطالب ٢/ ١٤٨ .
(٣) رد المحتار ٤/ ١٢٥ ، وتبيين الحقائق ٤/ ٦٢ ، ومجمع الضمانات ص٢١٤ والشرح الكبير فى ذيل المغنى ٤/ ٥٦٠ ، وانظر كشاف القناع ٣/ ١٩٨ .
(٤) حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/ ٨٤ ، وروضة الطالبين ٣/ ٤٠٩ .
(٥) الشرح الكبير فى ذيل المغنى ٤/ ٥٦ .

٣٧ ـ ولو نقص المبيع بيعا فاسدا ، وهو فى يد المشترى ، فالاتفاق على أن النقص مضمون عليه ، وذلك :

أ ـ للتعيب [١] .

ب ـ ولأن جملة المبيع مضمونة ، فتكون أجزاؤها مضمونة أيضا [٢] .

٣٨ ـ ولو زاد المبيع بيعا فاسدا بعد قبضه ، زيادة منفصلة كالولد والثمرة ، أو متصلة كالسمن ، فهو مضمون على المشترى ـ كزوائد المغصوب ـ كما قال النووى [٣] .

وعدم ضمان الزيادة هو ـ أيضا ـ وجه شاذ عند الشافعية ، ذكره النووى .

والحنابلة قالوا : إذا تلفت العين بعد الزيادة ، أسقطت الزيادة من القيمة ، وضمنها بما بقى من القيمة حين التلف [٤] .

وذكر المقدسى فيه احتمالين :

أ ـ أحدهما : الضمان ، لأنها زيادة فى عين مضمونة ، فأشبهت الزيادة فى المغصوب .

ب ـ والآخر : عدم الضمان ، لأنه دخل على أن لا يكون فى مقابلة الزيادة عوض ، فعلى هذا تكون الزيادة أمانة فى يده : إن

(١) حاشية الجمل ٣/ ٨٤ .
(٢) الشرح الكبير فى ذيل المغنى ٤/ ٥٦ .
(٣) روضة الطالبين ٣/ ٤٠٩ ، وانظر حاشية الجمل ٣/ ٨٤ ، والشرح الكبير فى ذيل المغنى ٤/ ٥٦ ، وكشاف القناع ٣/ ١٩٨ .
(٤) الشرح الكبير فى ذيل المغنى ٤/ ٥٧ و ٥٨ .

هلكت بتفريطه أو عدوانه، ضمنها، وإلا فـلا.

والحنفية قرروا أن الزيادة أربعة أنواع:

أ - الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل، كالولد، فهذه يضمنها بالاستهلاك لا بالهلاك.

ب - الـزيادة المنفصلة غير المتولـدة من الأصل، كالكسب، لاتضمن بالاستهلاك، عنـد الإمـام، وعنـد صاحبيه تضمن بالاستـهـلاك، لا بالـهـلاك، كالمنفصلة المتـولـدة.

ج - الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل، كالسمن، يضمنها بالاستهلاك لا بالهـلاك.

د - الـزيادة المتصلة غير المتـولـدة من الأصـل، كالصبـغ والخياطـة، (فإنها ملك المشترى. وهلاكها أو استهلاكها من حسابه) وإنما الخلاف فى هذه من حيث الفسخ :

- فعند الإمام يمتنع الفسخ فيها، وتلزم المشترى قيمتها.

- وعندهما: ينقضها البائع، ويسترد المبيع.

وماسواها لايمنع الفسخ.

ولـو هلك المـبيع فقط، دون الـزيادة المنفصلة، فللبائع أخذ الزيادة، وأخذ قيمة المبيع يوم القبض.

ولـو هلك المـبيع فقط، دون الـزيادة المنفصلة، غير المتولدة، كالكسب، فللبائع أخذها مع تضمين المبيع، لكن لاتطيب له، ويتصدق بها [١].

٣٩ - إذا استغل المشترى المبيع بيعا فاسدا، بعد أن قبضه، لايرد غلته، لأن ضمانه منه، و «الخراج بالضمان» [٢].

والخراج هو: الغلة الحاصلة من المبيع، كأجـرة الدابة، وكل ما خرج من شىء فهو خراجه، فخراج الشجر ثمره، وخراج الحيوان دره ونسله [٣].

وإذا أنفق عليه لايرجع على بائعه بنفقته، لأن من له الغلة عليه النفقة، فإن لم يكن له غلة، فله الرجوع بالنفقة.

واذا أحدث فيه، ماله عين قائمة، كبناء وصبـغ، رجع بذلك على البائع، مع كون

---

(١) الـدر المختـار ورد المحتـار ٤/ ١٣١ بتصرف، وانـظر مجمع الضمانات ص ٢١٦ .

(٢) جواهر الإكليل ٢/ ٢٧ .

وحـديث: «الخـراج بالضمان» أخرجه أبو داود (٣/ ٧٨٠) من حديث عائشة، وصححه ابن القطان كما فى التلخيص لابن حجر (٣/ ٢٢) قال أبو عبيد : الخراج فى هذا الحديث غلة العبد، وقال ابن نجيم فى أشباهه : إن هذا الحديث من جوامع الكلم لا يجوز نقله بالمعنى . انظر غمز عيون البصائر، فى شرح الأشباه والنظائر للحموى ١/ ٤٣١، و٤٣٢ ط : دار الكتب العلمية بيروت .

(٣) الفائق (مادة : خرج) .

الغلة له، كسكناه ولبسه [١].

والـزيادة المنفصلة ، غير المتـولـدة من الأصـل، كالكسب، لاتضمن بالاستهلاك عنـد أبى حنفية، فهـو كمـذهب المالكية، لحديث: «الخراج بالضمان» وعند الصاحبين تضمن بالاستهلاك لا بـالهـلاك .

ومـذهب الشافعية والحنابلة أن غلات المبيع بيعـا فاسـدا مضمونة على كل حال، كمنافع المغصوب.

ونص الشافعية على أنه تلزمه أجرة المثل، للمـدة التى كان فى يده، وذلـك للمنفعة، وإن لم يستوفها، وكذلك نصوا على أنه متى حكـم بأنــه غاصـب للـدار أو لبعضهـا ضمـن الأجـرة [٢].

ونص المقـدسى على أن أجرة مثل المبيع بيعـا فاسـدا مدة بقـائـه فى يده تجب على المشترى وعليه ردها [٣].

ضمـان المقبـوض على سـوم الشــراء :

٤٠ ـ المقبـوض على سوم الشراء: هو أن يقبض المسـاوم المبيع، بعـد معرفة الثمن، وبعـد الشراء، فيقـول للبـائع: هاته، فإن رضيته اشتريته.

ولا بد فيه عند الحنفية من توافر شرطين :

أ ـ أن يكون الثمن مسمّى فى العقد، من البائع أو المشترى.

ب ـ وأن يكون القبض بقصد الشراء، لا لمجرد النظر [١].

ويضمنـه القـابض فى هذه الحـال، إذا هلك فى يده، بالقيمـة بالغـة مابلغت يوم القبض، كما فى البيع الفـاسـد، خلافـا للطرسوسى الذى ذهب إلى أنه ينبغى أن لايزاد بها على المسمى، كما فى الإجارة الفاسدة.

أمـا لو استهلكـه فيجب فيه الثمـن لا القيمـة، لأنـه بالاستهـلاك يعتبر راضيا بإمضاء العقد بثمنه [٢].

وقـال القليوبى من الشـافعية: المـأخـوذ بالسـوم مضمون كله إن أخذه لشراء كله، وإلا فقدر مايريد شراءه [٣].

وفى كشـاف القناع: المقبوض على وجه السوم مضمون إذا تلف مطلقا، لأنه مقبوض على وجه البدل والعوض [٤].

---

(١) جواهـر الإكليل ٢/ ٢٧، وانـظر شرح الـزرقـانى على مختصر سيدى خليل ٥/ ٩٣.

(٢) حاشية القليوبى على شرح المنهاج ٣/ ٢٨، وحاشية الجمل على شرح المنهج ٣/ ٨٤، وإعانة الطالبين ٣/ ٤٠٨.

(٣) الشرح الكبير فى ذيل المغنى ٤/ ٥٦.

---

(١) الـدر المختـار ورد المحتـار ٤/ ٥٠ و ٥١، وانـظر مجمع الضمانـات ٢١٣، ٢١٤.

(٢) الـدر المختـار ورد المحتـار ٤/ ٥١، وقـارن بحاشية القليوبى ٢/ ٢١٤، وكشاف القناع ٣/ ٣٧٠.

(٣) القليوبى ٢/ ٢١٤.

(٤) كشاف القناع ٣/ ٣٧٠.

٤١ - أما المقبوض على سوم النظر، فهو أن يقول المساوم: هاته حتى أنظر إليه، أو حتى أريه غيرى، ولايقول: فإن رضيته أخذته فهذا غير مضمون مطلقا بل هو أمانة، ذكر الثمن أولا، ويضمن بالاستهلاك [١].

والفرق بينهما - كما حرره ابن عابدين -:

أ - أن المقبوض على سوم الشراء لابد فيه من ذكر الثمن، أما الآخر فلا يذكر فيه ثمن.

ب - وأنه لابد أن يقول المشترى: إن رضيته أخذته. فلو قال: حتى أراه لم يكن مقبوضا على سوم الشراء، وإن صرح البائع بالثمن [٢].

وعند الحنابلة إن أخذ إنسان شيئا بإذن ربه ليريه الآخذ أهله فإن رضوه أخذه وإلا رده من غير مساومة ولا قطع ثمن فلا يضمنه إذا تلف بغير تفريط [٣].

الضمان فى عقد القسمة :

٤٢ - تشتمل القسمة على الإفراز والمبادلة.

والإفراز: أخذ الشريك عين حقه، وهو ظاهر فى المثليات.

(١) الدر المختار ورد المحتار ٤/ ٥٠، ٥١ وانظر كشاف القناع ٣/ ٣٧٠ .
(٢) الدر المختار ورد المحتار ٤/ ٥٠ و ٥١ .
(٣) كشاف القناع ٣/ ٣٧٠ .

والمبادلة: أخذه عوض حقه، وهو ظاهر فى غير المثليات [١].

ولوجود وصف المبادلة فيها، كانت عقد ضمان.

ويد كل شريك على المشترك قبل القسمة، يد أمانة، وبعدها يد ضمان.

واذا قبض كل شريك نصيبه بعد القسمة، ملكه ملكا مستقلا، يخوله حق التصرف المطلق فيه، وإذا هلك فى يده هلك من ضمانه هو فقط [٢].

(انظر: قسمة).

الضمان فى عقد الصلح عن المال بمال :

٤٣ - يعتبر هذا النوع من الصلح بمثابة البيع، لأنه مبادلة كالبيع [٣]، ولهذا قال الكاسانى: الأصل أن كل مايجوز بيعه وشراؤه، يجوز الصلح عليه وما لا فلا [٤].

وقال المالكية: الصلح على غير المدعى (به) بيع [٥] فنشترط فيه شروط البيع [٦] والبيع أبرز عقود الضمان، فكذلك الصلح عن المال بمال.

(١) تبيين الحقائق ٥/ ٢٦٤ ، والدر المختار ورد المحتار ٥/ ١٦١ .
(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٤٩٩ .
(٣) الاختيار ٣/ ٥ .
(٤) البدائع ٦/ ٤٨ .
(٥) الشرح الكبير للدردير بحاشية الدسوقى عليه ٣/ ٣٠٩ .
(٦) المرجع السابق .

فإذا قبض المصالح عليه، وهو بدل الصلح، وهلك فى يد المصالح، هلك من ضمانه، كما لو هلك المبيع بعد قبضه فى عقد البيع، فى يد المشترى.

(انظر: صلح).

الضمان في عقد التخارج :

٤٤ - التخارج : اصطلاح الورثة على إخراج بعضهم من التركة، بشيء معلوم [١].

ويعتبر بمثابة تنازل أحد الورثة عن نصيبه من التركة، فى مقابل مايتسلمه من المال، عقارا كان أو عروضا أو نقودا، فيمكن اعتباره بيعا، فإذا قبض المخرج من التركة بدل المخارجة أخذ حكم المبيع بعد قبضه، تملكا وتصرفا واستحقاقا، فإذا هلك هلك من حسابه الخاص، كالمبيع إذا هلك فى يد المشترى بعد قبضه، وهذا لأنه أمكن اعتباره بيعا، فكان مضمونا كضمان المبيع.

(انظر: تخارج).

الضمان فى عقد القرض:

٤٥ - يشبه القرض العارية فى الابتداء، لما فيه من الصلة، والمعاوضة فى الانتهاء، لوجود رد المثل، لكنه ليس بتبرع محض، لمكان العوض، وليس جاريا على حقيقة

(١) الكفاية للكولانى بهامش تكملة فتح القدير شرح الهداية ٧/ ٥٢ الطبعة الأولى .

المعاوضات، بدليل الرجوع فيه مادام باقيا [١].

ويملك القرض بالقبض، كالموهوب - عند الجمهور - لأنه لايتم التبرع إلا بالقبض.

وعند المالكية، وفى قول للشافعية، بالتصرف والعقد [٢].

فإذا قبضه المقترض، ضمنه، كلما هلك، بآفة أو تعدٍّ منه أو من غيره، كالمبيع والموهوب بعد القبض، لأن قبضه قبض ضمان، لا قبض حفظ وأمانة كقبض العارية.

٤٦ - ونص الحنفية على أن المقبوض بقرض فاسد كالمقبوض، ببيع فاسد، سواء، فإذا هلك ضمنه المقترض فيحرم الانتفاع به، لكن يصح بيعه، لثبوت الملك، وإن كان البيع لايحل، لأن الفاسد يجب فسخه، والبيع مانع من الفسخ، فلا يحل، كما لاتحل سائر التصرفات المانعة من الفسخ [٣].

والقرض الفاسد يملك بقبضه، ويضمن بمثله أوقيمته، كبيع فسد [٤].

ولو أقرض صبيا، فهلك القرض فى يده،

(١) حاشية عميرة على شرح المحلى على المنهاج ٢/ ٢٦٠ .

(٢) الدر المختار ٤/ ١٧٣ وقد صحح القولين . وانظر جواهر الإكليل ٢/ ٧٦، وشرح المحلى على المنهاج ٢/ ٢٦٠، والشرح الكبير مع المغنى ٤/ ٣٥٧ .

(٣) الدر المختار ورد المحتار ٤/ ١٧٢ .

(٤) جامع الفصولين ٢/ ٥٨ .

لايضمن بالاتفاق، عند الحنفية، لأنه سلطه عليه.

أما لو استهلكه الصبى، فالحكم كذلك عند أبى حنيفة ومحمد، وعند أبى يوسف يضمن بالتعمد والاستهلاك. قال فى الخانية: وهو الصحيح.

وهذا إذا كان الصبى غير مأذون له بالبيع فإن كان مأذونا له بالبيع، كان كالبائع، يضمن القرض، بالهلاك والاستهلاك [1].

(انظر: قرض).

الضمان فى عقد الزواج :

٤٧ ـ لابد من المهر فى عقد الزواج، فيجرى فيه الضمان.

فإن كان المهر دينا، ثبت فى الذمة.

وإن كان عينا معينة، فإن الزوجة تملكها بمجرد العقد، ويجب على الزوج أن يسلمها العين، ولو لم تتسلمها بقيت فى ضمان الزوج مادامت فى يده، عينا مضمونة بنفسها، لأنها غير مقابلة بمال، فإذا هلكت قبل تسليمها إلى الزوجة:

فالحنفية يرون أن المضمون فى هذه الحال، هو قيمة العين أو مثلها، كسائر الأعيان المضمونة بنفسها: كالمغصوب، والمبيع بيعا فاسدا، وبدل الصلح عن دم، والمقبوض على سوم الشراء. . . ولايبطل الزواج بهلاك بدل المهر [1].

والمنصوص عند الشافعية، أنه لو أصدق عينا، فهى من ضمانه قبل قبضها، ضمان عقد، لاضمان يد، ولو تلفت فى يده أو أتلفها هو، وجب لها مهر مثلها، لانفساخ عقد الصداق بالتلف [2].

(انظر: مهر).

٤٨ ـ وكذلك الخلع، ويجرى فيه الضمان، فلو خالعته على عين معينة، وهلكت العين قبل الدفع إلى الزوج :

فمذهب الحنفية: أن عليها مثلها أو قيمتها.

قال الحصكفى: ولو هلك بدله (يعنى بدل الخلع) فى يدها، قبل الدفع، أو استحق، فعليها قيمته لو البدل قيميا، ومثله لو مثليا، لأن الخلع لايقبل الفسخ [3].

ومذهب الشافعية أن عليها مهر مثلها.

(انظر: خلع).

ثالثا : الضمان فى عقود الأمانة :

ضمان الوديعة :

٤٩ ـ تعتبر الوديعة من عقود الأمانة، وهى

---

(١) الدر المختار ورد المحتار ٤/ ١٧٤، وانظر الفتاوى الهندية ٣/ ٢٠٦.

(١) الدر المختار ورد المحتار ٤/ ٢٦٨.
(٢) شرح المنهج بحاشية الجمل ٤/ ٢٣٧، ٢٣٨.
(٣) الدر المختار ٢/ ٥٦١.

أمانة فى يد المودع (أو الوديع) فهو أمين غير ضامن لما يصيب الوديعة، من تلف جزئى أو كلى، إلا أن يحدث التلف بتعديه أو تقصيره أو إهماله.

وهذا الحكم متفق عليه بين الفقهاء، ويشهد له ما روى عن عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما عن النبى ﷺ قال: «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان»[١].

والمغل هو: الخائن، فى المغنم وغيره[٢].

وما روى ـ أيضا ـ عن عبد الله بن عمرو عن النبى ﷺ قال: «من أودع وديعة فلا ضمان عليه»[٣].

ومن أسباب الضمان فى الوديعة التعدي أو التقصير أو الإهمال، وينظر تفصيل ذلك فى مصطلح: (وديعة).

ضمان العارية :

٥٠ ـ مشهور مذهب الشافعى، ومذهب أحمد، وأحد قولى مالك ـ كما نص ابن رشد ـ وقول أشهب من المالكية، أن العارية مضمونة، سواء أتلفت بآفة سماوية، أم تلفت بفعل المستعير، بتقصير أو بغير تقصير[١] وهو مروى عن ابن عباس وأبي هريرة ، وإليه ذهب عطاء وإسحاق، واستدلوا:

بحديث جابر بن عبد الله رضى الله عنهما أن النبى ﷺ استعار من صفوان بن أمية أدرعا، يوم حنين، فقال: أغصبا يامحمد ؟ قال: « بل عارية مضمونة » وفى رواية فقال: يارسول الله ! أعارية مؤداة ! قال: «نعم عارية مؤداة»[٢].

وحديث الحسن عن سمرة رضى الله عنه، عن النبى ﷺ أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»[٣].

ولأنه أخذ ملك غيره، لنفع نفسه، منفردا بنفعه، من غير استحقاق ولا إذن، فكان مضمونا، كالغاصب، والمأخوذ على وجه السوم.

---

(١) حديث : «ليس على المستعير غير المغل ضمان ....» أخرجه الدار قطنى (٣/ ٤١) ثم ضعف روايين فى إسناده وقال : (وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع) .

(٢) المصباح المنير. مادة : (غلل) .

(٣) حديث : «من أودع وديعة فلا ضمان عليه» أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٠٢) وضعف إسناده البوصيري في مصباح الزجاجة (٢/ ٤٢) .

(١) بداية المجتهد ٢/ ٣٨٢ (ط : الثانية . دار الكتب الإسلامية . القاهرة : ١٤٠٣ هـ . ١٩٨٣) م . والقوانين الفقهية ص ٢٤٥ وروضة الطالبين ٤/ ٤٣١ والمغنى مع الشرح الكبير ٥/ ٣٥٥

(٢) حديث جابر بن عبد الله : «أن النبى ﷺ استعار من صفوان ابن أمية أدرعا ....» أخرجه الحاكم ٣/ ٤٩، وصححه ووافقه الذهبى، والرواية الأخرى أخرجها أبو داود (٣/ ٨٢٦) من حديث صفوان بن أمية، وقال ابن حزم فى المحلى (٩ / ١٧٣) حديث حسن .

(٣) حديث : «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» . تقدم تخريجه ف ٦ .

ومذهب الحنفية، وهو قول ضعيف عند الشافعية أن العارية أمانة عند المستعير، فلا تضمن إذا هلكت من غير تعد ولا تقصير [١] وذلك لحديث: «ليس على المستعير غير المغل ضمان» [٢].

ولأن عقد العارية تمليك أو إباحة للمنفعة، ولا تعرّض فيه للعين، وليس فى قبضها تعد، لأنه مأذون فيه، فانتفى سبب وجوب الضمان.

وإنما يتغير حال العارية من الأمانة إلى الضمان، بما يتغير به حال الوديعة [٣].

وذهب المالكية إلى تضمين المستعير مايغاب عليه من العارية، وهو: مايمكن إخفاؤه كالثياب والحلى والكتب، إلا أن تقوم البينة على هلاكها أو ضياعها بلا سبب منه فلا يضمن حينئذ، خلافا لأشهب القائل: إن ضمان العوارى ضمان عداء، لا ينتفي بإقامة البينة كما ذهبوا الى عدم تضمينه مالا يغاب عليه، كالحيوان والعقار، فلا يضمنه المستعير، ولو شرط عليه المعير الضمان، ولو كان لأمر خافه، من طريق مخوف أو لصوص على المعتمد كما قرره الدسوقى.

أما لو شرط المستعير نفى الضمان عن نفسه، فيما يغاب عليه، فلهم فيه قولان:

أحدهما: أنه لا عبرة بالشروط، ويضمن، لأن الشرط يزيده تهمة، ولأنه من إسقاط الحق قبل وجوبه، فلا يعتبر.

الآخر: أنه يعتبر الشرط، ولا يضمن، لأنه معروف من وجهين: فالعارية معروف، وإسقاط الضمان معروف آخر، ولأن المؤمنين عند شروطهم [١] كما جاء فى الحديث: «المسلمون عند شروطهم» [٢].

وفى كيفية ضمان العارية ووقته تفصيل ينظر فى: (إعارة ف ١٧).

الضمان فى الشركة:

٥١ ـ الشركة قسمان ـ كما يقول الحنابلة ـ شركة أملاك وشركة عقد [٣].

فالأولى يعتبر فيها كل من الشركاء، كأنه أجنبى فى حق صاحبه، فلا يجوز له التصرف

---

(١) الدر المختار ٤/ ٥٠٣، والاختيار ٣/ ٥٦، وانظر حاشية عميرة على شرح المحلى ٣/ ٢٠، وإعانة الطالبين ٤/ ٤٣١.

(٢) حديث: «ليس على المستعير غير المغل ضمان» تقدم تخريجه ف (٤٩).

(٣) العناية والكفاية على الهداية ٧/ ٤٦٩، وانظر بدائع الصنائع ٦/ ٢١٧.

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه ٣/ ٤٣٦، وانظر جواهر الإكليل ٢/ ١٤٥ و ١٤٦ وقارن بكفاية الطالب ٢/ ٢٥٢.

(٢) حديث: «المسلمون عند شروطهم».
أخرجه الدار قطنى فى سننه (٣/ ٢٧) من حديث عمرو بن عوف، وفى إسناده ضعف، ولكن ذكر ابن حجر فى التعليق (٣/ ٢٨١ ـ ٢٨٢) شواهد قواه بها.

(٣) كشاف القناع ٣/ ٤٩٦.

فيه بغير إذنه، فإن فعل ضمن [١].

والثانية شركة أموال، والفقهاء متفقون على أن يد أحد الشركاء فى مال الشركة، يد أمانة، وذلك لأنه قبضه بإذن صاحبه، لا على وجه المبادلة، كالمقبوض على سوم الشراء، ولا على وجه الوثيقة كالرهن [٢].

فإن قصر فى شىء أو تعدى، فهو ضامن [٣].

وكذلك كل ما كان إتلافا للمال، أو كان تمليكا للمال بغير عوض، لأن الشركة - كما يقول الحصكفى - وضعت للاسترباح وتوابعه، وما ليس كذلك لاينتظمه عقدها، فيكون مضمونا [٤].

وكذا إذا مات مجهلا نصيب صاحبه، إذا كان مال الشركة ديونا على الناس، فإنه يضمن، كما يضمن لو مات مجهلا عين مال الشركة الذى فى يده، وكذا بقية الأمانات، إلا إذا كان يعلم أن وارثه يعلم ذلك، فلا يضمن [٥].

ولو هلك شىء من أموال الشركة فى يده من غير تعد ولا تفريط، لا يضمنه لأنه أمين.

أما لو هلك مال الشريكين، أومال أحدهما قبل التصرف فتبطل الشركة، لأن المال هو المعقود عليه فيها [١].

الضمان فى عقد المضاربة :

٥٢ - يعتبر المضارب أمينا فى مال المضاربة وأعيانها، لأنه متصرف فيه بإذن مالكه، على وجه لا يختص بنفعه، فكان أمينا، كالوكيل، وفارق المستعير، لأنه يختص بنفع العارية [٢].

وهذا مالم يخالف ماقيده به رب المال، فيصبح عندئذ غاصبا [٣].

ومع اختلاف الفقهاء فى جواز تقييد المضارب ببعض القيود، لأنه مفيد، كما يقول الكاسانى، وفى عدم الجواز لما فيه من التحجير الخارج عن سنة القراض [٤] كما يقول الدردير، كالاتجار بالدّين، والإيداع، لكن هناك قيودا، لاتجوز له مخالفتها، منها:

(١) البدائع بتصرف ٦/ ٦٥، والدر المختار ورد المحتار ٣/ ٣٣٣.
(٢) تبيين الحقائق ٣/٣٢٠، والاختيار ٣/١٧، وبداية المجتهد ٢/٣٠٩ والإقناع بحاشية البجيرمى عليه ٣/١١٠، وكشاف القناع ٣/٥٠٠.
(٣) الدر المختار ٣/ ٣٤٦، وبداية المجتهد ٢/ ٣٠٩.
(٤) الدر المختار ٣/ ٣٤٥ بتصرف.
(٥) الد ر المختار مع رد المحتار ٣/٣٤٦.

(١) الدر المختار ورد المحتار ٣/ ٣٤٣، وتبيين الحقائق وحاشية الشلبى عليه، نقلا عن الإتقانى ٣/ ٣١٩، وبداية المجتهد ٢/ ٣٠٩، وانظر الشرح الكبير للدردير ٣/ ٣٥٠.
(٢) كشاف القناع ٣/ ٥٢٢ و٤٢٣.
(٣) الدر المختار ٤/ ٤٨٤، وانظر كشاف القناع ٣/ ٥٠٨.
(٤) بدائع الصنائع ٦/ ١٠٠، وانظر المغنى ٥/ ١٨٤ و ١٨٥، والشرح الكبير للدردير ٣/ ٥١٩، وشرح المحلى على المنهاج ٣/ ٥٣.

أ ـ السفر إذا لم يأذن به رب المال، وهذا لما فيه من الخطر، والتعريض للتلف، فلو سافر بالمال بغير إذنه، ضمنه [1].

ب ـ إذا قيده بأن لايسافر ببحر، أو يبتاع سلعة عينها له، فخالفه، ضمن [2].

ج ـ وإذا دفع مال المضاربة قراضا (أى ضارب فيه) بغير إذن، ضمن لأن الشيء لا يتضمن مثله الا بالتنصيص عليه، أو التفويض إليه [3].

ضمان المضارب فى غير المخالفات العقدية :

٥٣ ـ المضارب وإن كان أمينا، لكنه يضمن ـ فى غير المخالفات العقدية ـ فيما يلى :

أ ـ إذا باع بأقل من ثمن المثل، أو اشترى بأكثر منه، مما لايتغابن فيه الناس [4]، ضمن.

ب ـ إذا تصدق بشيء من مال القراض، أو أنفق من مال المضاربة فى الحضر، على نفسه أو على من يموله، ضمن، لأن النفقة جزاء الاحتباس، فإذا كان فى مصره لايكون محتبسا. أما لو أنفق فى السفر، ففيه خلاف وأوجه وشروط فى انتفاء ضمانه [1]. تنظر فى مصطلح : (مضاربة).

ج ـ إذا هلك مال المضاربة فى يده، بسبب تعديه أو تقصيره أو تفريطه، فإنه يضمنه، وإلا فالخسران والضياع على رب المال، دون العامل، لأنه أمين، كالوديع. ولو هلك فى يده من غير تفريط، لايضمنه، لأنه متصرف فيه بإذن مالكه، على وجه لا يختص بنفعه [2].

د ـ إذا أتلف العامل مال القراض (المضاربة) ضمنه، ووجب عليه بدله، لكن يرتفع القراض، لأنه وإن وجب عليه بدله، لكن لايدخل فى ملك المالك إلا بالقبض، فيحتاج إلى استئناف القراض [3].

الضمان في عقد الوكالة :

٥٤ ـ الوكيل أمين وذلك لأنه نائب عن الموكل، فى اليد والتصرف، فكانت يده كيده، والهلاك فى يده كالهلاك فى يد المالك، كالوديع .

---

(١) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٥٢٤، وشرح المحلى على المنهاج ٣/ ٥٧ .

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٥٢٦، وانظر فيه وفى الدسوقى تفصيل الضمان فى الأخيرة على التخصيص .

(٣) الدر المختار ٤/ ٤٨٥ والقوانين الفقهية ص١٨٦ وشرح المنهج بحاشية الجمل ٣/ ٥١٦، وكشاف القناع ٣/ ٥١٥، وبداية المجتهد ٢/ ٢٩٢ .

(٤) المغنى ٥/ ١٥٣

---

(١) البدائع ٦/ ١٠٦، والاختيار ٣/ ٢٣، وتبيين الحقائق ٥/ ٧٠ والشرح الكبير للدردير ٣/ ٥٣٠ و ٥٣١، والقوانين الفقهية ص١٨٦ وشرح المحلى على المنهاج ٣/ ٥٧، وروضة الطالبين ٥/ ١٣٥، وكشاف القناع ٣/ ٥١٦ .

(٢) القوانين الفقهية (١٨٦) وكشاف القناع ٣/ ٥٢٢ و ٥٢٣ .

(٣) روضة الطالبين ٥/ ١٣٩ .

ولأن الوكالة عقد إرفاق ومعونة ، والضمان مناف لذلك [١] .

وعلى هذا لايضمن الوكيل ماتلف فى يده بلا تعد، وإن تعدى ضمن، وكل مايتعدى فيه الوكيل مضمون، عند من يرى أنه تعدى ـ كما يذكر ابن رشد ـ [٢] .

٥٥ ـ الوكيل بالشراء يتقيد شراؤه بمثل القيمة وغبن يسير ـ وهو مايدخل تحت تقويم المقومين ـ إذا لم يكن سعره معروفا، فإن كان سعره معروفا، لاينفذ على الموكل وإن قلت الزيادة، (فيضمنها الوكيل) وهذا لأن التهمة فى الأكثر متحققة، فلعله اشتراه لنفسه فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره [٣] .

والوكيل بالبيع، إذا كانت الوكالة مطلقة، لايجوز بيعه، إلا بمثل القيمة، عند الصاحبين ومالك والشافعى ولا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فى مثله، ولا بأقل مما قدره له الموكل، فلو باع كذلك كان ضامنا، ويتقيد مطلق الوكالة بالمتعارف [٤] .

(١) شرح المنهج وحاشية الجمل عليه ٣/ ٤١٦، وانظر كشاف القناع ٣/ ٤٨٤ .

(٢) بداية المجتهد (٢/ ٣٦٩) وانظر روضة الطالبين ٤/ ٣٢٥ و٣٢٦ .

(٣) الدر المختار ورد المحتار عليه ٤/ ٤٠٨، وتبيين الحقائق ٤/ ٢٧١ و ٢٧٢ والشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ٣/ ٣٨٢، وكشاف القناع ٣/ ٤٧٧ .

(٤) تبيين الحقائق ٤/ ٢٧١ .

ومما يضمنه الوكيل قبض الدين، وهو وكيل بالخصومة.

والوكيل بالخصومة لايملك القبض، لأن الخصومة غير القبض حقيقة، وهى لإظهار الحق.

ويعتبر قبض الوكيل بالخصومة للدين تعديا، فيضمنه إن هلك فى يده، لأن كل ما يعتدى فيه الوكيل، يضمنه عند من يرى أنه تعدى، وهذا عند جمهور الفقهاء وهو المفتى به عند الحنفية [١] .

٥٦ ـ وهناك أحكام تتعلق بالضمان فى عقد الوكالة منها :

١ ـ إذا اشترى الوكيل شيئا، وأخر تسليم الثمن لغير عذر، فهلك فى يده، فهو ضامن له، لأنه مفرط فى إمساكه [٢] .

٢ ـ إذا قبض ثمن المبيع، فهو أمانة فى يده، فإن طلبه الموكل، فأخر رده مع إمكانه فتلف، ضمنه [٣] .

٣ ـ إذا دفع الوكيل دينا عن الموكل، ولم يشهد، فأنكر الذي له الدين القبض، ضمن الوكيل لتفريطه بعدم الإشهاد [٤]

(١) تبيين الحقائق ٤/ ٢٧٨، والدر المختار ٤/ ٤١٢، وانظر روضة الطالبين ٤/ ٣٢٠، وكشاف القناع ٣/ ٤٨٣، والمغنى بالشرح الكبير ٥/ ٢١٨، ٢١٩، وبداية المجتهد ٢/ ٣٦٩ .

(٢) المغنى ٥/ ٢٢٠، وكشاف القناع ٣/ ٤٨٢ .

(٣) المغنى ٥/ ٢٢٩ .

(٤) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٣٩٠، وبداية المجتهد ٢/ ٣٦٩ .

وقيده الحنفية بأن يكون الموكل قال له: لاتدفع إلا بشهود، فدفع بغير شهود [١].

٤ ـ إذا سلم الوكيل المبيع قبل قبض ثمنه، ضمن قيمته للموكل [٢].

وكذا إذا وكله بشراء شيء، أو قبض مبيع، فإنه لايسلم الثمن حتى يتسلم المبيع. فلو سلم الثمن قبل تسلم المبيع، وهلك المبيع قبل تسلمه ضمنه للموكل، إلا بعذر [٣].

٥٧ ـ للوكيل بالشراء نسيئة أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن، عند الحنفية ثم:

أ ـ إن هلك قبل الحبس، يهلك على الموكل، ولا يضمن الوكيل.

ب ـ وإن هلك بعد الحبس ففيه تفصيل:

١ ـ يهلك بالثمن، هلاك المبيع، ويسقط الثمن عن الموكل فى قول أبي حنيفة.

٢ ـ ويهلك بأقل من قيمته ومن الثمن، عند أبي يوسف، حتى لو كان الثمن أكثر من قيمته رجع الوكيل بذلك الفضل على موكله.

٣ ـ وقال: زفر يهلك على الوكيل هلاك المغصوب، لأن الوكيل عنده لايملك الحبس

(١) الفتاوى الهندية ٣/ ٦٢٧.

(٢) روضة الطالبين ٤/ ٣٠٩، وشرح المحلى على المنهاج ٢/ ٣٤٢، وكشاف القناع ٣/ ٤٨١.

(٣) كشاف القناع ٣/ ٤٨١، ٤٨٢ بتصرف.

من الموكل، فيصير غاصبا بالحبس [١].

واشترط الشافعية على الوكيل إذا باع إلى أجل، أن يشهد، وإلا ضمن. وترددت النقول، فى أن عدم الإشهاد، شرط صحة أو شرط للضمان.

ونقل الجمل أنه إن سكت الموكل عن الإشهاد، أو قال: بع وأشهد، ففى الصورتين يصح البيع، ولكن يجب على الوكيل الضمان [٢].

انظر مصطلح (وكالة).

ضمان الوصى فى عقد الوصاية (أو الإيصاء):

٥٨ ـ الإيصاء: تفويض الشخص التصرف في ماله، ومصالح أطفاله، إلى غيره، بعد موته [٣].

ويعتبر الوصى نائبا عن الموصي، وتصرفاته نافذة، ويده على مال المتوفى يد أمانة، فلا يضمن ماتلف من المال بدون تعد أو تقصير، ويضمن فى الأحوال التالية:

أ ـ إذا باع أو اشترى بغبن فاحش، وهو: الذى لايدخل تحت تقويم المتقومين، لأن

(١) فتاوى قاضي خان ـ بهامش الفتاوى الهندية ٣/ ٣٧.

(٢) شرح المنهج وحاشية الجمل عليه ٣/ ٤٠٩ و ٤١٠، وانظر شرح المحلى على المنهاج، وحاشية القليوبي عليه ٢/ ٣٤٢

(٣) درر الحكام فى شرح غرر الأحكام ٢/ ٤٢٧ (ط: دار الخلافة العلية الأستانه سنة: ١٣٣٠ هـ).

ولايته للنظر، ولا نظر فى الغبن الفاحش [١].

ب ـ كما يضمن الوصى إذا دفع المال إلى اليتيم بعد الإدراك، قبل ظهور رشده، لأنه دفعه إلى من ليس له دفعه إليه، وهذا مذهب الصاحبين.

وقال الإمام: بعدم الضمان، إذا دفعه إليه بعد خمس وعشرين سنة، لأن له ولاية الدفع إليه حينئذ [٢].

ج ـ ليس للولى الاتجار فى مال اليتيم لنفسه، فإن فعل:

فعند أبي حنيفة ومحمد يضمن رأس المال، ويتصدق بالربح.

وعند أبي يوسف يسلم له الربح، ولايتصدق بشيء [٣].

الضمان فى عقد الهبة:

٥٩ ـ لما كانت الهبة عقد تبرع، فقد ذهب الفقهاء إلى أن قبض الهبة هو قبض أمانة، فإذا هلكت أو استهلكت لم تضمن، لأنه ـ كما يقول الكاساني ـ لاسبيل إلى الرجوع في الهالك، ولاسبيل إلى الرجوع فى قيمته،

(١) الدر المختار ورد المحتار عليه ٥/ ٤٥٣ وانظر تبيين الحقائق ٦/ ٢١١.
(٢) الدر المختار ورد المحتار ٥/ ٤٥٤.
(٣) الدر المختار ورد المحتار ٥/ ٤٥٥، وانظر حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٦/ ٢١٢.

لأنها ليست بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها [١].

وتضمن عند الحنفية في هاتين الحالين فقط:

أ ـ حال ما إذا طلب الواهب ردها ـ لأمر ما ـ وحكم القاضي بوجوب الرد، وامتنع الموهوب له من الرد، ثم هلكت بعد ذلك، فإنه يضمنها حينئذ، لأن قبض الهبة قبض أمانة، والأمانة تضمن بالمنع والجحد بالطلب، لوجود التعدى منه [٢].

ب ـ حال ما إذا وهبه مشاعا قابلا للقسمة كالأرض الكبيرة، والدار الكبيرة، فإنها هبة صحيحة عند الجمهور، لأنها عقد تمليك، والمحل قابل له، فأشبهت البيع [٣] لكنها فاسدة عند الحنفية، لأن القبض شرط في الهبة، وهو غير ممكن فى المشاع، ولا ينفذ تصرف الموهوب له فيها، وتكون مضمونة عليه، وينفذ تصرف الواهب فيها [٤].

(١) البدائع ٦/ ١٢٨ و ١٢٩.
(٢) الدر المختار ورد المحتار ٤/ ٥١٩، وتبيين الحقائق ٥/ ١٠١، وانظر درر الحكام في شرحه غرر الأحكام لملا خسرو ٢/ ٢٢٣.
(٣) القوانين الفقهية ص٢٤١ وروضة الطالبين ٥/ ٣٧٦، وكشاف القناع ٤/ ٣٠٥.
(٤) الاختيار ٣/ ٥٠، وتبيين الحقائق ٥/ ٩٣ و ٩٤، ومجمع الضمانات ص٣٣٥.

رابعا: العقود المزدوجة الأثر:

ضمان الإجارة :

٦٠ - إذا كانت الإجارة: تمليك المنفعة بعوض، فإن المنفعة ضربان:

أ - فقد تكون المنفعة بمجردها هى المعقود عليها، وتتحدد بالمدة، كإجارة الدور للسكنى، والحوانيت للتجارة، والسيارات للنقل، والأوانى للاستعمال .

ب - وقد تكون المنفعة المعقود عليها عملا معلوما يؤديه العامل، كبناء الدار، وخياطة الثوب، وإصلاح الأجهزة الآلية، ونحو ذلك .

ج - فإذا كانت المنفعة المعقود عليها، وهي مجرد السكنى أو الركوب، أو نحوهما، يفرق فى الضمان، بين العين المأجورة، وبين المنفعة المعقود عليها :

أ - فتعتبر الدار المأجورة، والسيارة المستأجرة - مثلا - أمانة فى يد المستأجر، حتى لو خربت الدار، أو عطبت السيارة، وهى فى يده، بغير تفريط ولا تقصير، لا ضمان عليه، لأن قبض الإجارة - كما يقول الكاسانى - قبض مأذون فيه، فلا يكون مضمونا، كقبض الوديعة والعارية، سواء أكانت الإجارة صحيحة أم فاسدة [(١)] .

ونص الشافعية على أن يد المستأجر على العين المأجورة يد أمانة كذلك، بعد انتهاء عقد الإجارة، إذا لم يستعملها، فى الأصح، استصحابا لما كان، كالمودع، وفى قول ثان: يد ضمان .

قال السبكى : فإن تلفت عقب انقضاء المدة، قبل التمكن من الرد على المالك، أو إعلامه، فلا ضمان جزما، أما إذا استعملها فإنه يضمنها قطعا [(١)] .

فلو شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين المأجورة، فهو شرط فاسد، لأنه ينافى مقتضى العقد، وفى فساد الإجارة فيه وجهان، بناء على الشروط الفاسدة فى البيع .

وصرح الحنفية بأن اشتراط الضمان على الأمين باطل [(٢)] .

وقال ابن قدامة: «مالا يجب ضمانه، لا يصيّره الشرط مضمونا، وما يجب ضمانه، لا ينتفى ضمانه بشرط نفيه» .

وروى عن أحمد مايدل على نفى الضمان بشرطه، ووجوبه بشرطه [(٣)] ، استدلا بحديث: «المسلمون على شروطهم» [(٤)] .

---

(١) بدائع الصنائع ٤/ ٢١٠، وانظر القوانين الفقهيةص١٨٣=

= وكفاية الطالب بحاشية العدوى ٢/ ١٨٢، ومغنى المحتاج ٢/ ٣٥١، وكشاف القناع ٣/ ٥٤٦ .

(١) مغنى المحتاج ٢/ ٣٥١ .

(٢) الدر المختار ٥/ ٤٠ .

(٣) المغنى ٦/ ١١٨ .

(٤) حديث : «المسلمون عند شروطهم» تقدم تخريجه ف (٥٠)

ب ـ أما المنفعة المعقود عليها، وهى: السكنى أو الركوب، فهى مضمونة، بضمان بدلها على المستأجر، بمجرد تمكنه من استيفائها، إذا كانت الإجارة صحيحة، بلا خلاف، سواء انتفع بها المستأجر أم لم ينتفع، وهذا مانصت عليه المادة (٤٧٠) من المجلة، وفيها: تلزم الأجرة فى الإجارة الصحيحة ـ أيضا ـ بالاقتدار على استيفاء المنفعة، مثلا: لو استأجر أحد دارا بإجارة صحيحة، فبعد قبضها يلزمه إعطاء الأجرة، وإن لم يسكنها.

أما إذا كانت الإجارة فاسدة فقد اختلف فى الضمان الواجب فيها:

فمذهب الجمهور، وزفر من الحنفية، وهو رواية عن الإمام أحمد ـ أشار إليها ابن رجب ـ أنها كالصحيحة، وأنه يجب في الضمان أجر المثل، بالغا مابلغ، لأن المنافع متقومة، فتجب القيمة بالغة مابلغت، والإجارة بيع المنافع، فتعتبر ببيع الأعيان، وفى بيع الأعيان إذا فسد البيع تعتبر القيمة، بالغة مابلغت، فكذا بيع المنافع [1].

والحنفية عدا زفر، وهو الراوية الثانية عن الإمام أحمد، يرون التفرقة بين الصحيحة والفاسدة:

ففى الصحيحة: يضمن الأجرة المتفق عليها، مهما بلغت.

أما فى الفاسدة، فضمان الأجرة منوط باستيفاء المنفعة، ولا تجب الأجرة إلا بالانتفاع، ويقول ابن رجب فى توجيه هذه الرواية: ولعلها راجعة إلى أن المنافع لا تضمن فى الغصب ونحوه، إلا بالانتفاع، وهو الأشبه [1].

٦١ ـ أما إذا كانت المنفعة المعقود عليها هى إنجاز عمل من الأعمال، كالبناء والخياطة ونحوهما، فإن الضمان يختلف بحسب صفة العامل، وهو الأجير فى اصطلاحهم لأنه إما أن يكون أجيرا خاصا، أو مشتركا أى عاما.

والأجير الخاص هو الذى يتقبل العمل من واحد، أو يعمل لواحد مدة معلومة، ويستحق الأجر بالوقت دون العمل.

والأجير المشترك، هو الذى يتقبل العمل من غير واحد، ولا يستحق الأجر حتى يعمل، والضابط: أن: كل من ينتهى عمله بانتهاء مدة معلومة فهو أجير واحد (أى خاص) وكل من لا ينتهى عمله بانتهاء مدة مقدّرة، فهو أجير مشترك» [2].

---

(١) تبيين الحقائق وحاشية الشلبى عليه ٥/ ١٢١ و ١٢٢، والهداية وشروحها ٨/ ٣٥، وانظر القوانين الفقهية ص ١٨٤.

(١) القواعد الفقهية ص ٦٧.
(٢) حاشية الشلبى على تبيين الحقائق ٥/ ١٣٤.

وفى ضمان كل منهما تفصيل ينظر فى مصطلح: (إجارة).

ضمان الرهن:

٦٢ - اختلف الفقهاء فى ضمان الرهن، إذا هلكت العين المرهونة عند المرتهن، بعد قبضها وبعد تحقق شروط الرهن:

فذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الرهن أمانة فى يد المرتهن، لا يلزمه ضمانه، إلا إذا تعدى فيه، أو امتنع من رده بعد طلبه منه أو بعد البراءة من الدين، ولا يسقط بشىء من الدين بهلاكه (أى الرهن) من غير تعد، [1] وذلك:

لما روى الزهرى عن سعيد بن المسيب، أن رسول الله ﷺ قال: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه، له غنمه، وعليه غرمه» [2].

وذهب الحنفية إلى أن الرهن إذا قبضه المرتهن، كانت ماليته مضمونة، أما عينه فأمانة، وذلك:

لما روى عن عطاء أنه حدّث: أن رجلا رهن فرسا، فنفق فى يده، فقال رسول الله ﷺ للمرتهن: «ذهب حقك» [1].

وللحديث عطاء عن النبى ﷺ قال: «الرهن بما فيه» [2] (ومعناه: أنه مضمون بالدين الذى وضع فى مقابله).

وذهب المالكية إلى ضمان الرهن بشروط:

أ - أن يكون الرهن فى يد المرتهن، لا فى يد غيره، كالعدل.

ب - أن يكون الرهن مما يغاب عليه، أى يمكن إخفاؤه، كالحلى والسلاح والكتب والثياب.

ج - أن لا تقوم بينة على هلاكه أو تلفه بغير سببه، كالحريق الغالب، وغارات الأعداء، ومصادرة البغاة، فإذا وجدت هذه الشروط، ضمن المرتهن، ولو شرط فى عقد الرهن البراءة وعدم ضمانه، لأن هذا إسقاط للشىء قبل وجوبه، والتهمة موجودة، خلافا لأشهب، القائل بعدم الضمان عند الشرط [3].

---

(١) روضة الطالبين ٤/ ٩٦، وشرح المحلى على المنهاج وحاشية القليوبى عليه ٢/ ٢٧٥ و ٢٧٦، والمغنى - مع الشرح الكبير - ٤/ ٤٤٢، وكشاف القناع ٣/ ٣٤١.

(٢) حديث: «لا يغلق الرهن من صاحبه»
أخرجه الشافعى فى المسند (٢/ ١٦٤ - ترتيبه)، وأعله غير واحد بالإرسال كما فى التلخيص لابن حجر (٣/ ٣٦).

---

(١) حديث عطاء أنه حدث «أن رجلا رهن فرسا ......».
أخرجه أبو داود فى المراسيل (ص ١٧٢)، وقال عبد الحق الاشبيلى: «هو مرسل وضعيف» نقله عنه الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٣٢١)

(٢) حديث عطاء عن النبى ﷺ قال: «الرهن بما فيه»
أخرجه أبو داود فى المراسيل (ص ١٧٣)، ونقل الزيلعى فى نصب الراية (٤/ ٣٢٢) عن ابن القطان أنه قال: (مرسل صحيح).

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ٣/ ٢٥٤ و ٢٥٥، وانظر جواهر الإكليل ٢/ ٨٤ و ٨٥ والقوانين الفقهية (٢١٣).

٦٣ ـ وفى اعتبار قيمة الرهن المضمون، بعض الخلاف والتفصيل:

فنص الحنفية، على أن قيمة المرهون إذا هلك، تعتبر يوم القبض، لأنه يومئذ دخل فى ضمانه، وفيه يثبت الاستيفاء يدا، ثم يتقرر بالهلاك [١].

أما إذا استهلكه المرتهن أو أجنبى، فتعتبر قيمته يوم الاستهلاك، لوروده على العين المودعة، وتكون القيمة رهنا عنده [٢].

وللمالكية ـ فى اعتبار قيمة الرهن التالف ـ ثلاثة أقوال، وكلها مروية عن ابن القاسم:

الأول: يوم التلف، لأن عين الرهن كانت قائمة، فلما تلفت قامت قيمتها مقامها.

الثانى: يوم القبض، لأنه كشاهد، وضع خطه ومات، فيعتبر خطه، وتعتبر عدالته يوم كَتْبِه.

الثالث: يوم عقد الرهن، قال الباجى: وهو أقرب، لأن الناس إنما يرهنون مايساوى الدين المرهون فيه غالبا [٣].

ضمان الرهن الموضوع على يد العدل:

٦٤ ـ يصح وضع الرهن عند عدل ثالث، غير الراهن والمرتهن، ويتم ويلزم بقبض

(٣) الاختيار ٢/ ٦٥.
(٢) رد المحتار ٥/ ٣٠٩.
(٣) جواهر الإكليل ٢/ ٨٧ وانظر ـ أيضا ـ الشرح الكبير للدردير، وحاشية الدسوقى عليه ٣/ ٢٦٠.

العدل، لأن يده كيد المرتهن.

ولا يأخذه أحدهما منه، لأنه تعلق حق الراهن فى الحفظ بيده، وتعلق حق المرتهن به استيفاء، فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر.

ولو دفع الرهن إلى أحدهما ضمن، لتعلق حقهما به، لأنه مودع الراهن فى حق العين، ومودع المرتهن فى حق المالية، وكلاهما أجنبى عن صاحبه، والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبى [١].

ولو هلك الرهن فى يد العدل:

فعند الحنفية يهلك من ضمان المرتهن، لأن يده فى حق المالية يد المرتهن، وهى المضمونة، فإذا هلك، هلك فى ضمان المرتهن [٢].

ومذهب مالك: أنه إذا هلك فى يد الأمين، هلك من ضمان الراهن [٣].

ونص المالكية: على أن الأمين إذا دفع الرهن إلى الراهن أو المرتهن بغير إذن وتلف:

فإن سلمه إلى الراهن، ضمن قيمته للمرتهن، أو ضمن له الدين المرهون هو فيه، فيضمن أقلهما.

(١) الهداية بشروحها ٩/ ١٠٥، وتبيين الحقائق ٦/ ٨٠، وانظر المغنى ٤/ ٣٩٠.
(٢) الدر المختار ورد المحتار ٥/ ٢٢٣ و ٢٢٤.
(٣) الشرح الكبير، وحاشية الدسوقى عليه ٣/ ٢٥٣.

وإن سلمه إلى المرتهن، ضمن قيمة الرهن للراهن [١].

الضمان فى الصلح عن مال بمنفعة:

٦٥ - إذا وقع الصلح عن مال بمنفعة، كسكنى دار، وركوب سيارة، مدة معلومة، اعتبر هذا الصلح بمثابة عقد إجارة، وعبارة التنوير: وكإجارة إن وقع عن مال بمنفعة [٢].

كما لو كان لشخص على آخر ألف دينار، فصالحه المدين على سكنى داره، أو على زراعة أرضه، أو ركوب سيارته، مدة معلومة، جاز هذا الصلح [٣].

وتثبت لهذا النوع من الصلح شروط الإجارة، ومنها التوقيت - إن احتيج إليه - [٤] وتثبت فيه أحكامها - كما يقول النووى - [٥] ومن أهمها: اعتبار العين المتصالح على منفعتها، كالدار والسيارة، أمانة فى يد المصالح، أما المنفعة ذاتها فإنها مضمونة على المصالح، بمجرد تسلم العين، فإذا مضت مدة الصلح المتفق عليها، اعتبر المصالح مستوفيا لبدل الصلح حكما، سواء استوفى المنفعة فعلا أو عطلها، كما تقرر فى العين المستأجرة فى يد المستأجر فى الإجارة.

يد الأمانة ويد الضمان:

٦٦ - المشهور تقسيم اليد إلى قسمين: يد أمانة، ويد ضمان.

ويد الأمانة، حيازة الشىء أو المال، نيابة لا تملكا، كيد الوديع، والمستعير، والمستأجر، والشريك، والمضارب وناظر الوقف، والوصى.

ويد الضمان، حيازة المال للتملك أو لمصلحة الحائز، كيد المشترى والقابض على سوم الشراء، والمرتهن، والغاصب والمالك، والمقترض.

وحكم يد الأمانة، أن واضع اليد أمانة، لا يضمن ماهو تحت يده، إلا بالتعدى أو التقصير، كالوديع فإنه إذا أودع الوديعة عند من لا يودع مثلها عند مثله يضمنها.

وحكم يد الضمان، أن واضع اليد على المال، على وجه التملك أو الانتفاع به لمصلحة نفسه، يضمنه فى كل حال، حتى لو هلك بآفة سماوية، أو عجز عن رده إلى صاحبه، كما يضمنه بالتلف والإتلاف.

فالمالك ضامن لما يملكه وهو تحت يده،

---

(١) جواهر الإكليل ٢/ ٨١ .

(٢) الدر المختار ٤/ ٤٧٤ .

(٣) انظر بدائع الصنائع ٦/ ٤٧، والدر المختار ٤/ ٤٧٤، والهداية وشروحها ٧/ ٣١ (ط: الأولى، بولاق: ١٣١٧) وشرح الزرقانى على مختصر سيدي خليل ٦/ ٢ و ٣، والشرح الكبير للدردير ٣/ ٣١٠، وروضة الطالبين ٤/ ١٩٣ والمغنى ٥/ ١٦، ١٩ .

(٤) الدر المختار ٤/ ٤٧٤ .

(٥) روضة الطالبين ٤/ ١٩٣ .

فإذا انتقلت اليد إلى غيره بعقد البيع، أو بإذنه، كالمقبوض على سوم الشراء، أو بغير إذنه كالمغصوب، فالضمان فى ذلك على ذى اليد.

ولو انتقلت اليد إلى غيره، بعقد وديعة أو عارية، فالضمان - أيضا - على المالك [1].

أهم الأحكام والفوارق بين هاتين اليدين:

أ - تأثير السبب السماوى:

٦٧ - إذا هلك الشيء بسبب لا دخل للحائز فيه ولا لغيره، انتفى الضمان فى يد الأمانة، لا فى يد الضمان، فلو هلكت العارية فى يد المستعير بسبب الحر أو البرد، لا يضمن المستعير، لأن يده يد أمانة.

بخلاف يد البائع قبل تسليم المبيع إلى المشترى، فإنه لا ينتفى الضمان بهلاكه بذلك، بل يفسخ العقد، ويسقط الثمن، لعدم الفائدة من بقائه، لعجز البائع عن تسليم المبيع كلما طالب بالثمن، فامتنعت المطالبة، وارتفع العقد كأن لم يكن [2].

والمذهب عند مالك، انتقال الضمان إلى المشترى بنفس العقد [3].

(١) البدائع ٥/ ٢٤٨، والقوانين الفقهية (٢٢٠) والمحلى على المنهاج ٣/ ٢٩، والقواعد لابن رجب (٥٣ و ٣٠٨ و ٣٠٩) بتصرف فيها. وانظر الفروق ٢/ ٢٠٧.

(٢) البدائع ٥/ ٢٣٨، وانظر الدر المختار ورد المحتار عليه ٤/ ٢٦٨، وانظر روضة الطالبين ٣/ ٤٩٩.

(٣) القوانين الفقهية ص١٦٤ وانظر جواهر الإكليل لمختصر سيدى =

ب - تغير صفة وضع اليد:

٦٨ - تتغير صفة يد الأمين وتصبح يد ضمان بالتعدى، فإذا تلف الشيء بعد ذلك ضمنه، مهما كان سبب التلف، ولو سماويا.

أ - ففى الإجارة، يعتبر الأجير المشترك أمينا - عند أبى حنيفة - والمتاع فى يده أمانة، لا يضمن إن هلك بغير عمله، إلا إن قصر فى حفظه، كالوديع إذا قصر فى حفظ الوديعة، [1] أو تعمد الإتلاف، أو تلف المتاع بفعله، كتمزق الثوب من دقه [2].

ب - وفى الوديعة، يضمن إذا ترك الحفظ الملتزم، كأن رأى إنسانا يسرق الوديعة، فتركه وهو قادر على المنع، أو خالف فى كيفية الحفظ، أو أودعها من ليس فى عياله، أو عند من لا تودع عند مثله، أو سافر بها، أو جحدها كما تقدم.

انظر مصطلح: (وديعة).

ج - وفى العارية، وهى أمانة عند الجمهور، ماعدا الحنابلة، لا تضمن إن هلكت بالانتفاع المعتاد، وتضمن بالتعدى، كأن يدل عليها سارقا أو يتلفها أو يمنعها

= خليل ٢/ ٢٧ والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه ٣/ ٧٠ و ٧١.

(١) مجمع الضمانات ص٢٧.

(٢) مجمع الضمانات ص٢٨ والدر المختار ٥/ ٤١.

من المعير بعد الطلب، على تفصيل بين مايغاب وما لا يغاب عند المالكية [١].

ج - الموت عن تجهيل:

٦٩ - معنى التجهيل: أن لا يبين حال الأمانة التي عنده، وهو يعلم أن وارثه لا يعلم حالها، كذلك فسره ابن نجيم [٢]، فالوديع إذا مات مجهلا حال الوديعة التي عنده، ووارثه لا يعلم حالها، يضمنها بذلك.

ومعنى ضمانها - كما يقول ابن نجيم - صيرورتها دينا في تركته [٣].

وكذلك ناظر الوقف، إذا مات مجهلا لحال بدل الوقف، فإنه يضمنه.

وكذا كل شيء أصله أمانة يصير دينا في التركة بالموت عن تجهيل [٣].

ونص الشافعية على أن ترك الإيصاء في الوديعة يستوجب الضمان، وقالوا: إذا مرض المودع مرضا مخوفا، أو حبس ليقتل لزمه أن يوصي، فإن سكت عن ذلك لزمه الضمان، لأنه عرضها للفوات، لأن الوارث يعتمد ظاهر العين، ولابد في الوصية من بيان الوديعة، حتى لو قال: عندي لفلان ثوب، ولم يوجد في تركته، ضمن لعدم بيانه [١].

(ر: تجهيل).

د - الشرط:

٧٠ - لا أثر للشرط في صفة اليد المؤتمنة عند الأكثرين.

قال البغدادي: اشتراط الضمان على المستعير باطل، وقيل: تصير مضمونة [٢].

وقال التمرتاشي: واشتراط الضمان على الأمين باطل، به يفتى [٣]، فلو شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين المؤجرة، فالشرط فاسد.

ولو شرط المودع على الوديع ضمان الوديعة فالشرط باطل، ولا ضمان لو تلفت وكذا الحكم في سائر الأمانات [٤].

وعلله المالكية، بأنه لما فيه من إخراجها عن حقيقتها الشرعية [٥].

وقال الحنابلة: لأنه شرط ينافي مقتضى العقد، ولو قال الوديع: أنا ضامن لها لم

---

(١) مجمع الضمانات (٥٥ و ٥٦) والدر المختار ٤/ ٥٠٣ وما بعدها، والقوانين الفقهية (٢٤٥ و ٢٤٦) وشرح المنهج وحاشية الجمل ٣/ ٤٥٨ و ٤٥٩ والمغني بالشرح الكبير ٥/ ٣٥٥ و ٣٥٨.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (٢٧٣)، وانظر مجمع الضمانات ص ٨٧.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٧٤.

(٤) مجمع الضمانات ص ٨٨ وانظر الأمثلة الفرعية في الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٣/ ٤٢٥ و ٤٢٦، والأشباه والنظائر لابن نجيم (٢٧٣).

---

(١) كفاية الأخيار للحصني ٢/ ٨ (ط: دار المعرفة في بيروت).

(٢) مجمع الضمانات (٥٥).

(٣) الدر المختار ٤/ ٤٩٤.

(٤) مجمع الضمانات (٥٥).

(٥) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٤٢٣.

يضمن ماتلف بغير تعد ولا تقصير، لأن ضمان الأمانات غير صحيح [١].

ونص القليوبى على أن شرط الأمانة فى العارية ـ وهى مضمونة عند الشافعية إذا هلكت بغير الاستعمال ـ هو شرط مفسد على المعتمد، وشرط أن لا ضمان فيها فاسد لا مفسد [٢].

وجاء فى نصوص الحنابلة: كل ماكان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه، لأن مقتضى العقد كونه أمانة، فإذا شرط ضمانه، فقد التزم ضمان مالم يوجد سبب ضمانه، فلم يلزمه، كما لو اشترط ضمان الوديعة، أو ضمان مال فى يد مالكه. وما كان مضمونا لا ينتفى ضمانه بشرطه، لأن مقتضى العقد الضمان، فإذا شرط نفى ضمانه لا ينتفي مع وجود سببه، كما لو اشترط نفى ضمان مايتعدى فيه.

وعن أحمد أنه ذكر له ذلك، فقال: المؤمنون على شروطهم، وهذا يدل على نفى الضمان بشرطه، والأول ظاهر المذهب، لما ذكرناه [٣].

القواعد الفقهية فى الضمان:

القواعد فى الضمان كثيرة، نشير إلى أهمها، باختصار فى التعريف بها، والتمثيل لها، كلما دعت الحاجة، مرتبة بحسب أوائل حروفها:

القاعدة الأولى: «الأجر والضمان لا يجتمعان»: [١]

٧١ ـ الأجر هو: بدل المنفعة. والضمان ـ هنا ـ هو: الالتزام بقيمة العين المنتفع بها، هلكت أو لم تهلك، وهذه القاعدة من قواعد الحنفية، المتصلة برأيهم فى عدم ضمان منافع المغصوب، خلافا للجمهور.

فلو استأجر دابة أو سيارة، لحمل شىء معين، فَحَمَّلها شيئا آخر أو أثقل منه بخلاف جنسه، كأن حَمَّل مكان القطن حديدا فتلفت، ضمن قيمتها، ولا أجر عليه، لأنها هلكت بغير المأذون فيه.

وكذا لو استأجرها، ليركبها إلى مكان معين، فذهب بها إلى مكان آخر فهلكت، ضمن قيمتها، ولا أجر عليه، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان، عند الحنفية [٢].

لكن القاعدة مشروطة عندهم، بعدم استقرار الأجر فى ذمة الضامن، كما لو استوفى منفعة الدابة ـ مثلا ـ فعلا، ثم تجاوز فصار غاصبا، وضمن، يلزمه أجر ماسمى

---

(١) كشاف القناع ٤/ ١٦٨.
(٢) حاشية القليوبى على شرح المحلى على المنهاج ٣/ ٢٠.
(٣) الشرح الكبير فى ذيل المغنى ٥/ ٣٦٦ و ٣٦٧.

(١) المادة ص٨٥ من المجلة.
(٢) تبيين الحقائق ٥/ ١١٨، والبدائع ٤/ ٢١٣.

عندهم، إذا سلمت الدابة ولم تهلك [١].

والجمهور يوجبون الأجر كلما كان للمغصوب أجر، لأن المنافع متقومة كالأعيان، فإذا تلفت أو أتلفها فقد أتلف متقوما، فوجب ضمانه كالأعيان [٢] وإذا ذهب بعض أجزاء المغصوب فى مدة الغصب، وجب مع الأجرة أرش نقصه لانفراد كل بإيجاب [٣].

وللمالكية أقوال: وافقوا فى بعضها الحنفية، وفى بعضها الجمهور وانفردوا بتفصيل فى بعضها [٤].

القاعدة الثانية: «إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر» [٥].

٧٢ - المباشر للفعل: هو الفاعل له بالذات، والمتسبب هو المفضى والموصل إلى وقوعه، ويتخلل بين فعله وبين الأثر المترتب عليه فعل فاعل مختار، والمباشر يحصل الأثر بفعله من غير تخلل فعل فاعل مختار.

وإنما قدم المباشر لأنه أقرب لإضافة الحكم إليه من المتسبب، قال خليل: وقدّم عليه المردى [١] فلو حفر رجل بئرا فى الطريق العام، بغير إذن من ولى الأمر، فألقى شخص حيوان غيره فى تلك البئر، ضمن الذي ألقى الحيوان، لأنه العلة المؤثرة، دون حافر البئر، لأن التلف لم يحصل بفعله.

ولو وقع الحيوان فيه بغير فعل أحد، ضمن الحافر، لتسببه بتعديه بالحفر بغير إذن.

وكذلك لو دل سارقا على متاع، فسرقه المدلول، ضمن السارق لا الدال.

ولذا لو دفع إلى صبى سكينا، فوجأ به نفسه، لا يضمن الدافع، لتخلل فعل فاعل مختار. ولو وقع السكين على رجل الصبى فجرحها ضمن الدافع [٢].

القاعدة الثالثة: «الاضطرار لا يبطل حق الغير» [٣].

٧٣ - تطرد هذه القاعدة سواء أكان الاضطرار فطريا كالجوع، أم غير فطري كالإكراه، فإنه يسقط الإثم، وعقوبة التجاوز، أما حق الآخرين فلا يتأثر بالاضطرار، ويبقى المال

---

(١) جامع الفصولين ٢/ ١١٧.

(٢) شرح المحلى على المنهاج ٣/ ٣٣، والمغنى ٥/ ٤٣٥، وكشاف القناع ٤/ ١١١.

(٣) كشاف القناع ٤/ ١١١ بتصرف.

(٤) القوانين الفقهية (٢١٧).

(٥) المادة (٨٩) من المجلة.

---

(١) الشرح الكبير للدردير بحاشية الدسوقى ٣/٤٤٤،

(٢) جامع الفصولين ٢/٨١ ومجمع الضمانات (١٣٦)

(٣) المادة (٣٣)من المجلة.

مضمونا بالمثل إن كان مثليا، والقيمة إن كان قيميا. فلو اضطر في مخمصة إلى أكل طعام غيره، جاز له أكله، وضمن قيمته، لعدم إذن المالك، وإنما الذى وجد هو إذن الشرع الذي أسقط العقوبة فقط [١].

القاعدة الرابعة: «الأمر بالتصرف فى ملك الغير باطل» [٢].

٧٤ ـ الأمر: هو طلب الفعل جزما، فإذا أمر شخص غيره بأخذ مال شخص آخر أو بإتلافه عليه فلا عبرة بهذا الأمر، ويضمن الفاعل.

وهذه القاعدة مقيدة:

بأن يكون المأمور عاقلا بالغا، فإذا كان صغيرا، كان الضمان على الآمر. وأن لا يكون الآمر ذا ولاية وسلطان على المأمور.

فلو كان الآمر هو السلطان أو الوالد، كان الضمان عليهما [٣].

القاعدة الخامسة: «جناية العجماء جبار».

٧٥ ـ هذه القاعدة مقتبسة من حديث شريف عن أبى هريرة رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال: «العجماء جرحها جبار» [١] والعجماء: البهيمة، لأنها لا تفصح، ومعنى جبار: أنه هدر وباطل.

والمراد أنها إذا كانت مسيّبة حيث تسيّب الحيوانات، ولا يد عليها، أما لو كان معها راكب فيضمن، فلو اصطادت هرته طائرا لغيره لم يضمن [٢].

وفى المسألة تفصيل وخلاف يأتى فى ضمان جناية الحيوان.

القاعدة السادسة: «الجواز الشرعى ينافى الضمان» [٣].

٧٦ ـ يعنى إذا ترتب على الفعل الجائز المباح شرعا، ضرر للآخرين، لا يضمن الضرر.

فلو حفر حفرة فى ملكه، أو فى الطريق، بإذن الحاكم، فتردى فيها حيوان أو إنسان، لا يضمن الحافر شيئا.

وهذا مقيد بشرطين:

١ ـ أن لا يكون المباح مقيدا بشرط السلامة، فيضمن ـ مثلا ـ راكب السيارة وقائد الدابة أو راكبها فى الطريق [٤].

٢ ـ أن لا يكون فى المباح إتلاف الآخرين وإلا كان مضمونا.

---

(١) البدائع ٧/ ١٧٩، وشرح الزرقانى ٣/ ٢٩، والقواعد لابن رجب (٣٦ و ٢٨٦).
(٢) المادة (٩٥) من المجلة.
(٣) جامع الفصولين ٢/ ٧٨.

(١) حديث: «العجماء جرحها جبار»
أخرجه البخارى (١٢/ ٢٥٤) ومسلم (٣/ ١٣٣٤)
(٢) مجمع الضمانات (١٨٥) وجامع الفصولين ٢/ ٨٥.
(٣) المادة (٩٠) من المجلة.
(٤) الدر المختار ٥/ ٣٨٦).

فيضمن مايتلفه من مال غيره للمخمصة، مع أن أكله لأجلها جائز، بل واجب [1].

القاعدة السابعة: «الخراج بالضمان» [2]

٧٧ ـ الخراج: هو غلة الشيء ومنفعته، إذا كانت منفصلة عنه، غير متولدة منه، كسكنى الدار، وأجرة الدابة .

والضمان: هو التعويض المالى عن الضرر المادى .

والمعنى: أن منافع الشيء يستحقها من يلزمه ضمانه لو هلك، فتكون المنفعة فى مقابل تحمل خسارة هلاكه، فما لم يدخل فى ضمانه لا يستحق منافعه [3] وقد «نهى رسول الله ﷺ عن ربح مالم يضمن» [4].

القاعدة الثامنة: «الغرم بالغنم» [5] .

٧٨ ـ هذه القاعدة معناها أن التكلفات والغرامات التى تترتب على الشيء، تجب على من استفاد منه وانتفع به، مثال ذلك:

(١) درر الحكام ٢/ ١٠٩ ـ ١١١، ومجمع الضمانات (١٤٩) وجامع الفصولين ٢/ ٨٨ . .

(٢) المادة (٨٥) من المجلة .

(٣) القوانين الفقهية، ص ٢١٧ (والأشباه والنظائر لابن نجيم ١٥١ ، ١٥٢، وانظر فروعا أخرى مماثلة فى جامع الفصولين ٢/ ١١٨ ـ ١٢٠ .

(٤) حديث : «نهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن» . أخرجه أحمد (٢/ ١٧٤ ـ ١٧٥) من حديث عبد الله بن عمرو، وإسناده حسن .

(٥) المادة (٨٧) من المجلة .

١ ـ نفقة رد العارية على المستعير، لأنه هو الذي انتفع بها .

٢ ـ ونفقة رد الوديعة على المودع ، لأنه هو الذي استفاد من حفظها .

٣ ـ وأجرة كتابة عقد الملكية على المشترى، لأنها توثيق لانتقال الملكية إليه، وهو المستفيد من ذلك .

القاعدة التاسعة: «لا يجوز لأحد أخذ مال أحد بلا سبب شرعى» [1] .

٧٩ ـ هذه القاعدة مأخوذة من حديث: «على اليد ماأخذت حتى تؤديه» [2] .

فيحرم أخذ أموال الآخرين بالباطل كالغصب والسرقة ونحوهما .

أحكام الضمان:

أحكام الضمان ـ بوجه عام ـ تقسم إلى هذه الأقسام .

١ ـ ضمان الدماء (الأنفس والجراح) .

٢ ـ ضمان العقود .

٣ ـ ضمان الأفعال الضارة بالأموال، كالإتلافات، والغصوب .

وحيث تقدم القول فى ضمان العقود فى أنواع الضمان ومحله، فنقصر القول على

(١) المادة (٨٧) من المجلة .

(٢) حديث : «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» . تقدم تخريجه ف ٦ .

ضمان الدماء، وضمان الأفعال الضارة بالأمــوال .

ضمان الدماء (الأنفس والجراح)

٨٠ - ضمان الـدماء أو الأنفس هو: الجزاء المترتب على الضرر الواقع على النفس فما دونهــا .

ويشمــل القصــاص والحـدود، وهى مقدَّرة، كما يشمل التعزير وحكومة العـدل وهى غير مقدَّرة من جهة الشارع .

ويقسم الضـمان - بحسب الجناية - إلى ثلاثة أقسام :

١ - ضمان الجناية على النفس.

٢ - ضمان الجناية على مادون النفس، من الأطراف والجراح.

٣ - ضمان الجناية على الجنين، وهى : الإجهاض.

وبيان ذلك فيما يلى :

أولا: ضمان الجناية على النفس:

يتمثل فيما يلى، باعتبار أنواعها :

القتـل العمـد :

٨١ - القتـل العمـد، إذا تحققت شروطه، فضمانه بالقصاص .

(ر: مصطلح : قتل، قصاص).

وأوجب الشافعية وآخرون الكفارة فيه أيضــا [١].

فإن امتنع القصاص، أو تعذر أو صالح عنـه، كان الضمان بالدية أو بما صولح عنه (ر: مصطلح : ديات) .

ويوجب المـالكية حينئــذ التعـزير، كما يوجبون فـى القتل غيلـة - القتل على وجه المخادعة والحيلة - قتل القاتل تعزيرا، إن عفا عنه أولياء المقتول [٢].

كما يحرم القاتل من ميراث المقتول ووصيته .

القتل الشبيه بالعمد:

٨٢ - هو: القتل بما لا يقتل فى الغالب - عند الجمهــور- وبـالمثقـلات كذلـك - عند أبى حنيفـة، من غير الحديد والمعدن - وإن كان المالكية يرون هذا من العمد [٣].

وهو مضمون بالدية المغلظة فى الحديث: «ألا وإن قتيل الخـطأ شبـه العمـد، ماكان بالسوط والعصا، مائة من الإبل، أربعون فى بطونها أولادها» [٤].

---

(١) شرح المحلى على المنهاج ٤/ ١٦٢ .

(٢) القوانين الفقهية ص ٢٢٧ .

(٣) الهداية وشروحها ٨/ ١٤٤ و ١٤٥، وشرح الخرشى ٨/ ٧- (ط : دار صادر فى بيروت)، والقوانين الفقهية ص٢٢٦ وكفاية الأخيار ٢/ ٩٨، وكشاف القناع ٥/ ٥١٢ .

(٤) حديث : «ألا وإن قتيل الخطأ شبه العمد» =

القتل الخطأ:

٨٣ - وهو مضمون بالدية على العاقلة اتفاقا بالنص الكريم، وفيه كذلك الكفارة والحرمان من الإرث والوصية وهذا لعموم النص [١].

والضمان كذلك فى القتل الشبيه بالخطأ فى اصطلاح الحنفية، ويتمثل بانقلاب النائم على شخص فيقتله، أو انقلاب الأم على رضيعها فيموت بذلك.

القتل بسبب:

٨٤ - قال به الحنفية، ويتمثل بما لو حفر حفرة فى الطريق، فتردى فيها إنسان فمات.

وهو مضمون بالدية فقط، عندهم، فلا كفارة فيه، ولا حرمان، لا نعدام القتل فيه حقيقة، وإنما أوجبوا الدية صونا للدماء عن الهدر [٢].

والجمهور من الفقهاء، يلحقون هذا النوع من القتل بالخطأ فى أحكامه، دية، وكفارة، وحرمانا، لأن الشارع أنزله منزلة القاتل [١].

(وللتفصيل ر: مصطلح: قتل وديات وجناية).

ثانيا: ضمان الجناية على مادون النفس:

وتتحقق فى الأطراف، والجراح فى غير الرأس، وفى الشجاج.

٨٥ - أ - أما الأطراف: فحددت عقوبتها بالقصاص بالنص، فى قوله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس، والعين بالعين، والأنف بالأنف، والأذن بالأذن، والسن بالسن﴾ [٢].

وزاد مالك على ذلك التعزير بالتأديب، ليتناهى الناس [٣].

فإذا امتنع القصاص، بسبب العفو أو الصلح أو لتعذر المماثلة، كان الضمان بالدية والأرش، وهو: اسم للواجب من المال فيما دون النفس [٤].

(ر: جناية على مادون النفس).

= أخرجه النسائى (٨/ ٤١) من حديث ابن مسعود، وصححه ابن القطان كما فى التلخيص لابن حجر (٤/ ١٥)

(١) الهداية وشرح الكفاية ٩/ ١٤٨ والدر المختار ورد المحتار ٥/ ٣٤٢، وحاشية العدوى على شرح الخرشى ٨/ ٤٩، وانظر فى هذه الأحكام: القوانين الفقهية (٢٢٨) وبداية المجتهد ٢/ ٥١١، وكفاية الطالب شرح رسالة ابن أبى زيد القيروانى، بحاشية العدوى ٢/ ٢٨٦، وكفاية الأخيار ٢/ ٩٧، ٩٨، والروض المربع (٣٧٥).

(٢) الكفاية شرح الهداية ٩/ ١٤٨، والدر المختار ورد المحتار ٥/ ٣٤٢، البدائع ٧/ ٢٧٤.

---

(١) القوانين الفقهية (٢٢٨) وشرح الخرشى ٨/ ٤٩، وشرح المنهج بحاشية الجمل ٥/ ١٠٢ وشرح المحلى على المنهاج بحاشية القليوبى ٤/ ١٦٢، والمغنى بالشرح الكبير ١٠/ ٣٧ و ٧/ ١٦١ و ١٦٢، والروض المربع (٣٨٢).

(٢) سورة المائدة / ٤٥.

(٣) مواهب الجليل ٦/ ٢٤٧.

(٤) الدر المختار ٥/ ٣٦٨.

٨٦ ـ ب ـ وأما الجراح فخاصة بما كان فى غير الرأس، فإذا كانت جائفة، أى بالغة الجوف، فلا قصاص فيها اتفاقا، خشية الموت.

وإذا كانت غير جائفة، ففيها القصاص عند جمهور الفقهاء فى الجملة خلافا للحنفية الذين منعوا القصاص فيها مطلقا لتعذر المماثلة [١].

فإن امتنع القصاص فى الجراح، وجبت الدية:

ففى الجائفة يجب ثلث الدية، لحديث: «فى الجائفة ثلث العقل» [٢].

وفى غير الجائفة حكومة عدل، وفسرت بأنها أجرة الطبيب وثمن الأدوية [٣].

وللتفصيل راجع مصطلح: (جراح، وحكومة عدل).

٨٧ ـ ج ـ وأما الشجاج، وهى مايكون من الجراح فى الوجه والرأس [٤] فإن تعذر القصاص فيها:

ففيه الأرش مقدرا، كما فى الموضحة، لحديث «قضى رسول الله ﷺ فى الموضحة، خمس من الإبل» [١].

وقد يكون غير مقدر، فتجب الحكومة.

ومذهب الجمهور: أن مادون الموضحة، ليس فيه أرش مقدر، لما روى «أن النبى ﷺ لم يقض فيما دون الموضحة بشىء» [٢]. فتجب فيه الحكومة.

ومذهب أحمد أنه ورد التقدير فى أرش الموضحة، وفيما دونها، كما ورد فيما فوقها فيعمل به [٣].

وللتفصيل: (ر: مصطلح: شجاج، ديات، حكومة عدل).

ثالثا: ضمان الجناية على الجنين:

٨٨ ـ وهى الإجهاض، فإذا سقط الجنين ميتا بشروطه، فضمانه بالغرة اتفاقا، لحديث

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٢٩٦، والدر المختار ٥/ ٣٧٦، وتبيين الحقائق ٦/ ١١٧ والقوانين الفقهية (٢٣٠) وجواهر الإكليل ٢/ ٢٥٩، الإقناع بحاشية البجيرمى ٤/ ١١٢، والوجيز ٢/ ١٤١، والمغنى بالشرح الكبير ٩/ ٤١٠، ٤١١

(٢) حديث: «فى الجائفة ثلث العقل» أخرجه أحمد (٢/ ٢١٧) من حديث عبد الله بن عمرو، وإسناده حسن.

(٣) الدر المختار ٥/ ٣٧٦.

(٤) الدر المختار ٥/ ٣٧٢.

---

(١) حديث: «قضى رسول الله ﷺ فى الموضحة خمس من الإبل» أخرجه النسائى (٨/ ٥٨ ـ ٥٩) ضمن حديث طويل، وخرجه ابن حجر فى التلخيص (٤/ ١٧ ـ ١٨) وتكلم على أسانيده، ونقل تصحيحه عن جمع من العلماء.

(٢) حديث: «أن النبى ﷺ لم يقض فيما دون الموضحة بشىء». أخرجه عبد الرزاق (٩/ ٣٠٦) من حديث عمر بن عبد العزيز مرسلا.

(٣) البدائع ٧/ ٣٠٩، والدر المختار ورد المحتار ٥/ ٣٧٢، وتبيين الحقائق ٦/ ١٣٢ و ١٣٣، والقوانين الفقهية (٢٣٠) وبداية المجتهد ٢/ ٥١٢، ٥١٤، وشرح المحلى على المنهاج ٤/ ١٣٣ وما بعدها والشرح الكبير مع المغنى ٩/ ٤٦١ وما بعدها و ٦٢١ وما بعدها.

«أبي هريرة - رضي الله تعالى عنه - أن النبي ﷺ - قضى في جنين امرأة من بني لحيان، بغرة، عبد أو أمة» [١].

وتجب عند الجمهور في مال العاقلة، خلافا للمالكية والحنابلة الذين أوجبوها في مال الجاني.

ولا كفارة فيها عند الحنفية، وإنما تندب، وأوجبها الشافعية والحنابلة لأن الجنين آدمي معصوم، وإذا لم توجد الرقبة، انتقلت العقوبة إلى بدلها مالا، وهو: نصف عشر دية الرجل، وعشر دية المرأة [٢].

(ر: جنين، غرة).

ضمان الأفعال الضارة بالأموال:

٨٩ - تتمثل الأفعال الضارة بالأموال في الإتلافات المالية، والغصوب، ونحوها.

ولضمان هذا النوع من الأفعال الضارة، أحكام عامة، وأحكام خاصة:

(١) حديث أبي هريرة: «أن النبي ﷺ قضى في جنين امرأة». أخرجه البخاري (١٢/ ٢٥٢) ومسلم (٣/ ١٣٠٩).

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٣٢٦ و ٣٢٧، والدر المختار ورد المحتار ٥/ ٣٧٧ و ٣٧٨، والقوانين الفقهية (٢٢٨) وبداية المجتهد ٢/ ٥٠٨ و ٥٠٩، وجواهر الإكليل ٢/ ٢٦٦ و ٢٧٢، وشرح ابن أبي زيد القيرواني بحاشية العدوي ٢/ ٢٨٦، وشرح المنهج بحاشية الجمل ٥/ ٩٩ وما بعدها، وشرح المحلي بحاشية القليوبي ٤/ ١٥٩ وما بعدها. والمغني بالشرح الكبير ٩/ ٥٥٠ وما بعدها.

أولا: الأحكام العامة في ضمان الأفعال الضارة بالأموال:

٩٠ - تقوم فكرة هذا النوع من الضمان - خلافا لما تقدم في ضمان الأفعال الضارة بالأنفس - على مبدأ جبر الضرر المادي الحائق بالآخرين، أما في تلك فهو قائم على مبدأ زجر الجناة، وردع غيرهم.

والتعبير بالضمان عن جبر الضرر وإزالته، هو التعبير الشائع في الفقه الإسلامي، وعبر بعض الفقهاء من المتأخرين بالتعويض، كما فعل ابن عابدين [١].

وتوسع الفقهاء في هذا النوع في أنواع الضمان وتفصيل أحكامه، حتى أفرده البغدادي بالتصنيف في كتابه: (مجمع الضمانات).

ومن أهم قواعد الضمان قاعدة: «الضرر يزال».

وإزالة الضرر الواقع على الأموال يتحقق بالتعويض الذي يجبر فيه الضرر.

وقد عرف الفقهاء الضمان بهذا المعنى، بأنه: رد مثل الهالك أو قيمته [٢].

وعرفه الشوكاني بأنه: عبارة عن غرامة التالف [٣].

(١) مجموعة رسائل ابن عابدين ٢/ ١٧٧ (ط: الأستانة).

(٢) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي ٤/ ٦

(٣) نيل الأوطار ٥/ ٢٩٩ في شرح أحاديث الوديعة والأمانة وضمان اليد، نقلا عن ضوء النهار.

وكلا التعريفين يستهدف إزالة الضرر، وإصلاح الخلل الذي طرأ على المضرور، وإعادة حالته المالية إلى ماكانت عليه قبل وقوع الضرر.

طريقة التضمين:

٩١ ـ القاعدة العامة فى تضمين الماليات، هى: مراعاة المثلية التامة بين الضرر، وبين العوض، كلما أمكن، قال السرخسى: «ضمان العدوان مقدر بالمثل بالنص» [١] يشير إلى قوله تعالى: ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به﴾ [٢].

والمثل وإن كان به يتحقق العدل، لكن الأصل أن يرد الشىء المالى المعتدى فيه نفسه، كلما أمكن، مادام قائما موجودا، لم يدخله عيب ينقص من منفعته، وهذا الحديث الحسن، عن سمرة ـ رضى الله تعالى عنها ـ عن النبى ﷺ قال: «على اليد ماأخذت حتى تؤدى» [٣].

بل هذا هو الموجب الأصلى فى الغصب، الذى هو أول صور الضرر وأهمها.

فإذا تعذر رد الشىء بعينه، لهلاكه أو استهلاكه أو فقده، وجب حينئذ رد مثله، إن كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا.

والمثلى هو: ماله مثل فى الأسواق، أو نظير، بغير تفاوت يعتد به، كالمكيلات، والموزونات، والمذروعات، والعدديات المتقاربة.

والقيمى هو: ماليس له مثل فى الأسواق، أو هو ماتتفاوت أفراده، كالكتب المخطوطة، والثياب المفصلة المخيطة لأشخاص بأعيانهم.

والمثل أعدل فى دفع الضرر، لما فيه من اجتماع الجنس والمالية.

والقيمة تقوم مقام المثل، فى المعنى والاعتبار المالى [١].

وقت تقدير التضمين:

٩٢ ـ تناول الفقهاء هذه المسألة، فى المغصوب ـ على التخصيص ـ إذا كان مثليا، وفقد من السوق، وقد اختلفت أنظارهم فيها على الوجه التالي:

ذهب أبو يوسف: إلى اعتبار القيمة يوم الغصب، لأنه لما انقطع من السوق التحق بما لا مثل له، فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب،

---

(١) المبسوط ١١/ ٧٩.

(٢) سورة النحل / ١٢٦.

(٣) حديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» تقدم تخريجه ف ٦.

(١) الهداية بشروحها ٨/ ٢٤٦ وما بعدها، ومجمع الأنهر ٢/ ٤٥٦ و ٤٥٧، والقوانين الفقهية ٢١٦ و ٢١٧ والشرح الكبير للدردير ٣/ ٤٤٥ وما بعدها، وشرح المحلى على المنهاج ٢/ ٢٥٩ وما بعدها. والمغنى بالشرح الكبير ٥/ ٣٧٦ و ٣٧٧.

وهو الغصب، كما أن القيمي تعتبر قيمته كذلك يوم الغصب .

وذهب محمد: إلى اعتبار القيمة يوم الانقطاع، لأن الواجب هو المثل فى الذمة، وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع، فتعتبر قيمته يوم الانقطاع.

ومذهب أبي حنيفة: اعتبار القيمة يوم القضاء، لأن الواجب هو المثل، ولا ينتقل إلى القيمة بمجرد الانقطاع، لأن للمغصوب منه أن ينتظر حتى يوجد المثل، بل إنما ينتقل بالقضاء، فتعتبر القيمة يوم القضاء [١].

أما القيمى إذا تلف، فتجب قيمته يوم الغصب اتفاقا [٢].

أما فى الاستهلاك: فكذلك عند الإمام، وعندهما يوم الاستهلاك [٣].

ومذهب المالكية: أن ضمان القيمة يعتبر يوم الغصب والاستيلاء على المغصوب سواء أكان عقارا، أم غيره، لا يوم حصول المفوّت، ولا يوم الرد، وسواء أكان التلف بسماوى أم بجناية غيره عليه [٤].

وفى الإتلاف والاستهلاك - فى غير المثليات - كالعروض والحيوان، تعتبر يوم الاستهلاك والإتلاف [١].

والأصح عند الشافعية: أن المثلى إذا تعذر وجوده، فى بلده وحواليه تعتبر أقصى قيمة، من وقت الغصب إلى تعذر المثل، وفى قول إلى التلف، وفى قول إلى المطالبة [٢].

وإذا كان المثل مفقودا عند التلف، فالأصح وجوب أكثر القيم من وقت الغصب إلى التلف، لا إلى وقت الفقد [٣].

وأما المتقوم فيضمن فى الغصب بأقصى قيمة من الغصب إلى التلف [٤].

وأما الإتلاف بلا غصب، فتعتبر قيمته يوم التلف، لأنه لم يدخل فى ضمانه قبل ذلك، وتعتبر فى موضع الإتلاف، إلا إذا كان المكان لا يصلح لذلك كالمفازة، فتعتبر القيمة فى أقرب البلاد [٥].

ومذهب الحنابلة: أنه يجب رد قيمة المغصوب، إن لم يكن مثليا، يوم تلفه فى بلد غصبه من نقده، لأن ذلك زمن الضمان

---

(١) الهداية وشروحها ٨/ ٢٤٦ و ٢٤٧، وتبيين الحقائق ٥/ ٢٢٣ و ٢٢٤، وبدائع الصنائع ٧/ ١٥١ .

(٢) جامع الفصولين ٢/ ٩٣ رامزا إلى فتاوى ظهير الدين المرغينانى والدر المختار ٥/ ١١٦ .

(٣) رد المحتار ٥/ ١١٦ .

(٤) الشرح الكبير للدردير، وحاشية الدسوقى عليه ٣/ ٤٤٣، والقوانين الفقهية ٢١٧ .

---

(١) بداية المجتهد ٢/ ٣٨٧ وفيه الأدلة .

(٢) شرح المحلى على المنهاج ٣/ ٣١ و ٣٢، وانظر الوجيز ١/ ٢٠٨ .

(٣) الإقناع وحاشية البجيرمى عليه ٣/ ١٤٣ .

(٤) الإقناع وحاشية البجيرمى عليه ٣/ ١٤٣ و ١٤٤، وشرح المحلى على المنهاج ٣/ ٣١ و ٣٢، والوجيز ١/ ٢٠٩ .

(٥) شرح المحلى على المنهاج ٣/ ٣٢، والإقناع ٣/ ١٤٤ .

وموضع الضمان ومنصرف اللفظ عند الإطلاق (كالدينار) كما يقول البهوتى [١] إن لم تختلف قيمة التالف، من حين الغصب إلى حين الرد.

فإن اختلفت لمعنى فى التالف من كبر وصغر وسمن وهزال - ونحوها - مما يزيد فى القيمة وينقص منها، فالواجب رد أكثر ماتكون عليه القيمة من حين الغصب إلى حين الرد، لأنها مغصوبة فى الحال التى زادت فيها، والزيادة مضمونة لمالكها.

وإن كان المغصوب مثليا يجب رد مثله، فإن فقد المثل، فتجب القيمة يوم انقطاع المثل، لأن القيمة وجبت فى الذمة حين انقطاع المثل، فاعتبرت القيمة حينئذ، كتلف المتقوم.

وقال القاضى: تجب قيمته يوم قبض البدل، لأن الواجب هو المثل، إلى حين قبض البدل، بدليل أنه لو وجد المثل بعد فقده، لكان الواجب هو المثل دون القيمة، لأنه الأصل، قدر عليه قبل أداء البدل، فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم [٢].

تقادم الحق فى التضمين:

٩٣ - التقادم - أو مرور الزمان - هو: مضى زمن طويل، على حق أو عين فى ذمة إنسان، لغيره دون مطالبة بهما، مع قدرته عليها.

والشريعة - بوجه عام - اعتبرت التقادم مانعا من سماع الدعوى، فى الملك وفى الحق، مع بقائهما على حالهما السابقة، ولم تعتبره مكسبا للملكية أو قاطعا لحق.

فيقول الحصكفى: القضاء مظهر لا مثبت، ويتخصص بزمان ومكان وخصومة حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى، بعد خمس عشرة سنة، فسمعها القاضى، لم ينفذ [١].

ونقل ابن عابدين عن الأشباه وغيرها، أن الحق لا يسقط بتقادم الزمان [٢].

فبناء على هذا يقال: إذا لم يرفع الشخص المضرور دعوى، يطالب فيها بالضمان أو التعويض عن الضرر، ممن ألحقه به، مدة خمسة عشر عاما، سقط حقه، قضاء فقط لا ديانة، فى إقامة الدعوى من جديد، إلا إذا كان المضرور غائبا، أو كان مجنونا أو صبيا وليس له ولى، أو كان المدعى عليه حاكما جائرا، أو كان ثابت الإعسار خلال هذه المدة، ثم أيسر بعدها، فإنه يبقى حقه فى إقامة الدعوى قائما، مهما طال الزمن بسبب العذر، الذى ينفى شبهة التزوير.

(١) كشاف القناع ٤/ ١٠٨.
(٢) المغنى بالشرح الكبير ٥/ ٤٢٠ - ٤٢٢.

(١) رد المحتار ٤/ ٣٤٣.
(٢) رد المحتار ٤/ ٣٤٣.

وكذلك إذا أمر السلطان العادل نفسه بسماع هذه الدعوى، بعد مضى خمسة عشر عاما أو سمعها بنفسه، ـ كما يقول ابن عابدين [١] ـ حفظا لحق المضرور، إذا لم يظهر منه مايدل على التزوير.

وكذلك إذا أقر الخصم بحق المضرور فى الضمان، والتعويض عن الضرر، بعد مضى هذه المدة، فإنه يتلاشى بذلك مضى الزمن، ويسقط لظهور الحق بإقراره وهذا كما جاء فى كتب الحنفية.

ثانيا: الأحكام الخاصة فى ضمان الأفعال الضارة بالأموال:

٩٤ ـ قد ذكرنا أن القاعدة فى الضمان، هى رد العين أصلا، وإذا تعذر رد العين، وجب الضمان برد المثل فى المثليات، ودفع القيمة فى القيميات.

ونذكر ـ هنا ـ التضمين فى أحوال خاصة مستثناة من الأصل، إذ يحكم فيها بالتعويض المالى أحيانا، وبالتخيير بينه وبين ضمان المثل فى أحيان أخرى، وهى: قطع الشجر، وهدم المبانى، والبناء على الأرض المغصوبة، أو الغرس فيها، وقلع عين الحيوان، وتفصيل القول فيها كما يلى: ـ

(١) رد المحتار ٥/ ٣٤٣.

أ ـ قطع الشجر:

٩٥ ـ لو قطع شخص لآخر، شجر حديقته، ضمن قيمة الشجر، لأنه ليس بمثلى. وطريق معرفته: أن تقوم الحديقة مع الشجر القائم، وتقوم بدونه فالفضل هو قيمته، فالمالك مخير بين أن يضمنه تلك القيمة، ويدفع له الأشجار المقطوعة، وبين أن يمسكها، ويضمنه نقصان تلك القيمة [١].

ولو كانت قيمة الأشجار مقطوعة وغير مقطوعة سواء، برىء [٢].

ولو أتلف شجرة من ضيعة، ولم يتلف به شىء، قيل: تجب قيمة الشجرة المقطوعة، وقيل تجب قيمتها نابتة [٣]، ولو أتلف شجرة، قومت مغروسة وقومت مقطوعة، ويغرم مابينهما.

ولو أتلف ثمارها، أو نفضها لمّا نَوّرت، حتى تناثر نوْرها، قومت الشجرة مع ذلك، وقومت بدونها فيغرم مابينهما، وكذا الزرع [٤].

ب ـ هدم المبانى:

٩٦ ـ إذا هدم إنسان بناء أو جدارا لغيره،

(١) جامع الفصولين ٢/ ٩١ رامزا إلى أبى الليث.

(٢) جامع الفصولين ٢/ ٩١.

(٣) جامع الفصولين ٢/ ٩١ رامزا إلى جامع الفتاوى.

(٤) جامع الفصولين ٢/ ٩١ رامزا إلى فتاوى القاضى ظهير الدين. وانظر مجمع الضمانات (١٥٢).

يجب عليه بناء مثله، وهذا عند أبي حنيفة والشافعي، فإن تعذرت المماثلة رجع إلى القيمة [١]، لحديث: «أبي هريرة رضي الله تعالى عنه قال: قال رسول الله ﷺ: كان رجل في بني إسرائيل يقال له: جريج، يصلي، فجاءته أمه فدعته، فأبى أن يجيبها، فقال: أجيبها أو أصلي؟ ثم أتته فقالت: اللهم لا تمته حتى تريه وجوه المومسات، وكان جريج في صومعته فقالت امرأة: لأفتنن جريجا، فتعرضت له، فكلمته، فأبى. فأتت راعيا فأمكنته من نفسها. فولدت غلاما، فقالت: هو من جريج. فأتوه وكسروا صومعته وأنزلوه وسبوه، فتوضأ وصلى، ثم أتى الغلام فقال: من أبوك ياغلام؟ قال: الراعي. قالوا: نبني صومعتك من ذهب، قال: لا، إلا من طين» [٢].

والأصل: أن الحائط والبناء من القيميات، فتضمن بالقيمة.

وقد نقل الرملي الحنفي أنه لو هدم جدار غيره، تقوم داره مع جدرانها، وتقوم بدون هذا الجدار فيضمن فضل مابينهما [٣].

(١) عمدة القاري شرح صحيح البخاري للعيني ١٣/ ٣٨ (ط: المطبعة المنيرية في القاهرة: ١٣٤٨) هـ.

(٢) حديث أبي هريرة: «كان رجل في بني إسرائيل يقال له جريج» أخرجه البخاري (٥/ ١٢٦ - ١٢٧).

(٣) حاشية الرملي على جامع الفصولين ٢/ ٩٦.

وفي القنية عن محمد بن الفضل: إذا هدم حائطا متخذا من خشب أو عتيقا متخذا من رهص (طين) [١] يضمن قيمته، وإن كان حديثا يؤمر بإعادته كما كان [٢].

وقال ابن نجيم: من هدم حائط غيره فإنه يضمن نقصانها (أي قيمتها مبنيَّة) [٣] ولا يؤمر بعمارتها، إلا في حائط المسجد، كما في كراهة الخانية [٤].

لكن المذهب، ماقاله العلامة قاسم في شرحه للنقاية: وإذا هدم الرجل حائط جاره فللجار الخيار: إن شاء ضمنه قيمة الحائط، والنّقض للضامن، وإن شاء أخذ النّقض، وضمنه النقصان، لأن الحائط قائم من وجه، وهالك من وجه، فإن شاء مال إلى جهة القيام، وضمنه النقصان، وإن شاء مال إلى جهة الهلاك وضمنه قيمة الحائط، وليس له أن يجبره على البناء، كما كان، لأن الحائط ليس من ذوات الأمثال.

وطريق تقويم النقصان: أن تقوم الدار مع حيطانها، وتقوم بدون هذا الحائط

(١) الرّهص: هو الطين الذي يبنى به، يجعل بعضه على بعض، القاموس المحيط. مادة: (رهص).

(٢) حاشية الحموي على الأشباه ٣/ ٢٠٨، وحاشية الرملي على جامع الفصولين ٢/ ٩٦ وانظر عمدة القاري ١٣/ ٣٩.

(٣) انظر حاشية الرملي على جامع الفصولين ٢/ ٩٠ و ٩٢.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم بحاشية الحموي ٣/ ٢٠٨، وانظر الدر المختار ٥/ ١١٥ ولابن عابدين كلام في التفرقة بين الحائطين في الموضع نفسه.

فيضمن فضل مابينهما [١].

والضمان فى هذه الحال مقيد بما إذا لم يكن الهدم للضرورة، كمنع سريان الحريق، بإذن الحاكم، فإن كان كذلك فلا ضمان، وإن لم يكن بإذن الحاكم، ضمن الهادم قيمتها معرضة للحريق.

جـ - البناء على الأرض المغصوبة أو الغرس فيها:

٩٧ - إذا غرس شخص شجرا، أو أقام بناء على أرض غصبها، فمذهب جمهور الفقهاء، وهو ظاهر الرواية عند الحنفية [٢] أنه يؤمر بقلع الشجر، وهدم البناء، وتفريغ الأرض من كل ما أنشأ فيها، وإعادتها كما كانت.

قال ابن قدامة: لا نعلم فيه خلافا [٣] وذلك: لحديث «عروة بن الزبير أن رسول الله ﷺ قال: من أحيا أرضا ميتة فهى له، وليس لعرق ظالم حق، قال: فلقد أخبرنى الذى حدثني هذا الحديث، أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ غرس أحدهما نخلا فى أرض الآخر، فقضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها، قال:

(١) حاشية الحموى على الأشباه والنظائر لابن نجيم، غمز عيون البصائر ٣/ ٢٠٨ ورد المحتار ٥/ ١١٥.

(٢) مجمع الأنهر ٢/ ٤٦٢.

(٣) المغنى بالشرح الكبير ٥/ ٣٧٩.

فلقد رأيتها، وإنها لتضرب أصولها بالفؤوس، وإنها لنخل عمّ» [١] أى طويلة [٢].

ولأنه شغل ملك غيره، فيؤمر بتفريغه، دفعا للظلم، وردا للحق إلى مستحقه [٣].

قال الشافعية والحنابلة: عليه أرش نقصها إن كان، وتسويتها، لأنه ضرر حصل بفعله، مع أجرة المثل إلى وقت التسليم [٤].

وقال القليوبى: وللغاصب قلعها قهرا على المالك، ولا يلزمه إجابة المالك لو طلب الإبقاء بالأجر، أو التملك بالقيمة، وللمالك قلعها جبرا على الغاصب، بلا أرش لعدم احترامها عليه [٥].

والمالكية خيروا المالك بين قلع الشجر وهدم البناء، وبين تركهما، على أن يعطى المالك الغاصب، قيمة أنقاض الشجر والبناء، مقلوعا، بعد طرح أجرة النقض والقلع، لكنهم قيدوا قلع الزرع بما إذا لم يفت، أى لم يمض وقت ماتراد الأرض له فله عندئذ أخذه بقيمته مقلوعا مطروحا منه أجرة

(١) حديث: عروة بن الزبير: من أحيا أرضا ميتة فهى له. أخرجه أبو داود (٣/ ٤٥٤ - ٤٥٥) وفى إسناده انقطاع.

(٢) بفتح العين من (عم) وضمها، جمع عميمة. كما فى نيل الأوطار ٥/ ٣٢١.

(٣) الاختيار ٣/ ٦٣، والمغنى بالشرح الكبير ٥/ ٣٨٠.

(٤) شرح المحلى على المنهاج ٣/ ٣٩، والروض المربع ٢/ ٢٤٩، والمغنى بالشرح الكبير ٥/ ٣٧٨.

(٥) حاشية القليوبى على شرح المحلى ٣/ ٣٩، والمغنى ٥/ ٣٧٩ و ٣٨٠، والروض المربع ٢/ ٢٤٩.

القلع . فإن فات الوقت، بقى الزرع للزارع، ولزمه الكراء إلى انتهائه [١] .

ونص على مثل هذا الحنفية [٢] .

(ر: غرس ـ غصب) .

د ـ قلع عين الحيوان :

٩٨ ـ الحيوان وإن كان من الأموال، وينبغى أن تطبق فى إتلافه ـ كليا أو جزئيا ـ القواعد العامة، إلا أنه ورد فى السمع تضمين ربع قيمته، بقلع عينه :

ففى الحديث: «قضى رسول الله ﷺ فى عين الدابة ربع ثمنها» [٣]

وروى ذلك عن عمر وشريح ـ رضي الله تعالى عنهما ـ وكتب عمر إلى شريح ، لما كتب إليه يسأله عن عين الدابة: «إنا كنا ننزلها منزلة الآدمى، إلا أنه أجمع رأينا أن قيمتها ربع الثمن» . قال ابن قدامة: هذا إجماع يقدم على القياس [٤] .

وهذا مما جعل الحنفية ـ وهو رواية عند الحنابلة عن أحمد ـ يعدلون عن القياس، بالنظر إلى ضمان العين فقط [١] .

فعملوا بالحديث، وتركوا فيه القياس، لكنهم خصوه بالحيوان الذى يقصد للحم، كما يقصد للركوب والحمل والزينة أيضا ، كما فى عين الفرس والبغل والحمار، وكذا فى عين البقرة والجزور .

أما غيره، كشاة القصاب المعدة للذبح، مما يقصد منه اللحم فقط، فيعتبر مانقصت قيمته [٢] .

وطرد المالكية والشافعية والحنابلة القياس، فضمنوا مايتلف من سائر أجزاء الحيوان، بما ينقص من قيمته، بفقد عينه وغيرها، بالغا مابلغ النقص بلا تفرقة بين أنواع الحيوان [٣] .

قال المحلى: ويضمن ماتلف أو أتلف من أجزائه بمانقص من قيمته [٤] .

وقال الغزالى: ولا يجب فى عين البقرة والفرس إلا أرش النقص [٥] .

وعلل ذلك ابن قدامة، بأنه ضمان مال من غير جناية، فكان الواجب ما نقص،

---

(١) القوانين الفقهية (٢١٧) وجواهر الإكليل ٢/ ١٥٤، والشرح الكبير للدردير ٣/ ٤٦١ و ٤٦٢ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار عليه ٥/ ١٢٤، وتبيين الحقائق ٥/ ٢٢٩ ، والهداية وشروحها ٨/ ٢٦٩ و ٢٧٠ .

(٣) حديث : «قضى رسول الله ﷺ فى عين الدابة ربع ثمنها» . أخرجه الطبرانى فى الكبير (٥/ ١٥٣) وأورده الهيثمى فى مجمع الزوائد (٦/ ٢٩٨) وقال : (فيه أبو أمية بن يعلى وهو ضعيف) .

(٤) المغنى بالشرح الكبير ٥/ ٣٨٦ و ٣٨٧ .

---

(١) جامع الفصولين ٢/ ٨٧ .

(٢) رد المحتار ٥/ ١٢٣، ودرر الحكام ٢/ ١١٤ .

(٣) الشرح الكبير للدردير ٣/ ٤٥٤، والقوانين الفقهية (٢١٨) والمهذب ٢/ ٢٠١ .

(٤) شرح المحلى على المنهاج ٣/ ٣١ .

(٥) الوجيز ١/ ٢٠٨

كالثوب، ولأنه لو فات الجميع لوجبت قيمته، فإذا فات منه شيء، وجب قدره من القيمة، كغير الحيوان [١].

ضمان الشخص الضرر الناشىء عن فعل غيره ومايلتحق به:

٩٩ - الأصل أن الشخص مسئول عن ضمان الضرر الذى ينشأ عن فعله لاعن فعل غيره لكن الفقهاء استثنوا من هذا الأصل ضمان أفعال القصّر الخاضعين لرقابته، وضمان أفعال تابعيه: كالخدم والعمال وكالموظفين، وضمان مايفسده الحيوان، وضمان الضرر الحادث بسبب سقوط الأبنية، وضمان التلف الحادث بالأشياء الأخرى، وتفصيله فيما يلى:

أولا: ضمان الإنسان لأفعال الأشخاص الخاضعين لرقابته:

١٠٠ - ويتمثل هذا النوع من الضمان، فى الأفعال الضارة، الصادرة من الصغار القصّر، الذين هم فى ولاية الأب والوصى، والتلاميذ حينما يكونون فى المدرسة، تحت رقابة الناظر والمعلم، أوفى رعاية أى رقيب عليهم وهم صغار، ومثلهم المجانين والمعاتيه.

ولما كان الأصل المقرر فى الشريعة، كما تقدم آنفا، هو ضمان الإنسان لأفعاله كلها، دون تحمل غيره عنه لشىء من تبعاتها، مهما كان من الأمر [١].

فقد طرد الفقهاء قاعدة تضمين الصغار، وأوجبوا عليهم الضمان فى مالهم، ولم يوجبوا على أوليائهم والأوصياء عليهم ضمان ماأتلفوه، إلا فى أحوال مستثناة، منها:

أ - إذا كان إتلاف الصغار للمال، ناشئا من تقصير الأولياء ونحوهم، فى حفظهم، كما لو دفع إلى صبى سكينا ليمسكه له، فوقع السكين من يده عليه أو على شخص آخر، أو عثر به، فإن الدافع يضمن [٢].

ب - إذا كان بسبب إغراء الآباء والأوصياء الصغار بإتلاف المال، كما لو أمر الأب ابنه بإتلاف مال أو إيقاد نار، فأوقدها، وتعدت النار إلى أرض جاره، فأتلفت شيئا، يضمن الأب، لأن الأمر صح، فانتقل الفعل إليه، كما لو باشره الأب [٣].

فلو أمر أجنبى صبيا بإتلاف مال آخر، ضمن الصبى، ثم رجع على آمره [٤].

ج - إذا كان بسبب تسليطهم على المال، كما

---

(١) المغنى بالشرح الكبير ٥/ ٣٨٧.

(١) تغيير التنقيح لابن كمال باشا (٢٥٧) ط: (الأستانة: ١٣٠٨ هـ). والتوضيح مع التلويح ٢/ ١٦٣.
(٢) يؤخذ من جامع الفصولين ٢/ ٨١.
(٣) الدر المختار ورد المحتار بتصرف ٥/ ١٣٦.
(٤) جامع الفصولين ٢/ ٨٠.

لو أودع صبيا وديعة بلا إذن وليه فأتلفها، لم يضمن الصبى ، وكذا إذا أتلف ما أعير له ، وما اقترضه وما بيع منه بلا إذن ، للتسليط من مالكها [١] .

ثانيا : ضمان الشخص لأفعال التابعين له :

١٠١ ـ ويتمثل هذا فى الخادم فى المنزل، والطاهى فى المطعم، والمستخدم فى المحل، والعامل فى المصنع، والموظف فى الحكومة، وفى سائق السيارة لمالكها كل فى دائرة عمله .

والعلاقة هنا عقدية، وفيما تقدم من الرقابة على عديمى التمييز: هى : دينية أو أدبية .

والفقهاء بحثوا هذا فى باب الإجارة، فى أحكام الأجير الخاص، وفى تلميذ الأجير المشترك عند الحنفية، وهو الذى يعمل لواحد عملا مؤقتا بالتخصيص، ويستحق أجره بتسليم نفسه فى المدة، وإن لم يعمل .

والمعقود عليه هو منفعته، ولا يضمن ماهلك فى يده بغير صنعه، لأن العين أمانة فى يده، لأنه قبض بإذنه، ولا يضمن ماهلك من عمله المأذون فيه، لأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر، فإذا أمره بالتصرف فى ملكه، صح، ويصير نائبا منابه، فيصير فعله منقولا إليه، كأنه فعله بنفسه، فلهذا لا يضمنه وإنما الضمان فى ذلك على مخدومه [١] .

وينظر تفصيل ذلك فى : (إجارة) .

ثالثا : ضمان الشخص فعل الحيوان :

هناك نوعان من الحيوان : أحدهما الحيوان العادى ، والآخر الحيوان الخطر، وفى تضمين جناية كل منهما، خلاف بين الفقهاء ، ونوضحه فيما يلى :

أ ـ ضمان جناية الحيوان العادى غير الخطر:

١٠٢ ـ اختلف الفقهاء فى ضمان مايتلفه الحيوان العادى ، غير الخطر:

فذهب جمهورهم إلى ضمان ماتفسده الدابة من الزرع والشجر، إذا وقع فى الليل، وكانت وحدها إذا لم تكن يد لأحد عليها .

وأما إذا وقع ذلك فى النهار، ولم تكن يد لأحد عليها ـ أى الدابة ـ فلا ضمان فيه .

واستدلوا بحديث : «البراء بن عازب ـ رضى الله تعالى عنه ـ أنه كانت له ناقة ضارية فدخلت حائطا، فأفسدت فيه، فقضى رسول الله ﷺ أن حفظ الحوائط بالنهار على أهلها،وأن حفظ الماشيه بالليل على أهلها،وأن

---

(١) مجمع الضمانات (٤٢٣) والدر المختار ورد المحتار ٥/ ٩٢، والشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه ٣/ ٢٩٦ .

(١) الدر المختار ٥/ ٤٣ و ٤٤، وجواهر الإكليل ٢/ ١٩١، وانظر شرح المحلى على المنهاج بحاشية القليوبى عليه ٣/ ٨١ .

ماأصابت الماشية بالليل فهو على أهلها» [١] .

قال ابن قدامة : ولأن العادة من أهل المواشي إرسالها في النهار للرعي ، وحفظها ليلا ، وعادة أهل الحوائط حفظها نهارا دون الليل ، فإذا ذهبت ليلا كان التفريط من أهلها ، بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ .

وإن أتلفت نهارا ، كان التفريط من أهل الزرع ، فكان عليهم ، وقد فرق النبي ﷺ بينهما ، وقضى على كل إنسان بالحفظ في وقت عادته .

وقال - أيضا - : قال بعض أصحابنا : إنما يضمن مالكها ما أتلفته ليلا ، إذا فرط بإرسالها ليلا أونهارا أولم يضمها بالليل ، أو ضمها بحيث يمكنها الخروج ، أمالو ضمها فأخرجها غيره بغير إذنه ، أو فتح عليها بابها ، فالضمان على مخرجها ، أو فاتح بابها ، لأنه المتلف [٢] .

وقيد المالكية عدم ضمان الإتلاف نهارا بشرطين :

أولهما : أن لايكون معها راع .

والآخر : أن تسرح بعيدا عن المزارع ، وإلا

(١) حديث البراء بن عازب تقدم تخريجه ف ٦ .
(٢) الشرح الكبير مع المغني في ذيله ٥/ ٤٥٤ و ٤٥٥ ، وانظر القوانين الفقهية (٢١٩) .

فعلى الراعي الضمان [١] .

وإن أتلفت البهيمة غير الزرع والشجر من الأنفس والأموال ، لم يضمنه مالكها ، ليلا كان أو نهارا ، مالم تكن يده عليها [٢] ، واستدلوا بحديث أبي هريرة - رضي الله تعالى عنه - أن رسول الله ﷺ قال : « العجماء جبار » ويروى « العجماء جرحها جبار » [٣] ومعنى جبار: هدر .

وقيد المالكية ، عدم ضمان ذلك ليلا ، بما إذا لم يقصر في حفظها ، ولم يكن من فعل من معها ، ففي المدونة : من قاد قطارا فهو ضامن لما وطىء البعير ، في أول القطارأو آخره ، وإن نفحت رجلا بيدهاأو رجلها ، لم يضمن القائد إلا أن يكون ذلك من شيء فعله بها [٤] .

وذهب الحنفية إلى أن الحيوان إذا أتلف مالا أو نفسا ، فلا ضمان على صاحبه مطلقا ، سواء أوقع ذلك في ليل أم في نهار [٥] .

(١) شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ٨/ ١١٩ ، والشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٥٨ ، وقارن بالقوانين الفقهية (٢١٩) .
(٢) الشرح الكبير للمقدسي ٥/ ٤٥٥ ، والقوانين الفقهية (٢١٩) وحاشية البجيرمي على شرح الشربيني الخطيب ٣/١٤٥ .
(٣) حديث : «العجماء جبار» أخرجه البخاري (٣/ ٣٦٤) وحديث «العجماء جرحها جبار» أخرجه البخاري (١٢/ ٢٥٤) ومسلم (٣/ ١٣٣٤) تقدم تخريجه ف (٧٥) .
(٤) شرح الزرقاني ٨/١١٩ ، والقطار من الإبل : عدد على نسق واحد . . المصباح المنير .
(٥) الدر المختار ٥/ ٣٩٠ ، وانظر الاختيار ٥/ ٤٧ .

وذلك لحديث «العجماء جبار» المتقدم آنفا .

لكن قيدها محمد بن الحسن، بالمنفلتة المسيّبة حيث تسيّب الأنعام، كما هو الشأن فى البرارى، فهذه التى جرحها هدر، وهذا ماذكره الطحاوى فقد فرق بين ما إذا كان معها حافظ فيضمن، وبين ما إذا لم يكن معها حافظ، فلا يضمن، وروى فى ذلك آثارا [١] .

ولأنه لاصنع له فى نفارها وانفلاتها، ولا يمكنه الاحتراز عن فعلها، فالمتولد منه لايكون مضمونا [٢] .

وأثار المالكية - هنا - مسألة ما لو كان الحيوان مما لايمكن الاحتراز منه، ولا حراسته كحمام، ونحل، ودجاج يطير .

فذهب ابن حبيب، - وهو رواية مطرف عن مالك - إلى أنه يمنع أربابها من اتخاذه، إن آذى الناس .

وذهب ابن القاسم وابن كنانة وأصبغ إلى أنهم لا يمنعون من اتخاذه، ولا ضمان عليهم فيما أتلفته من الزرع ، وعلى أرباب الزرع والشجر حفظها .

وصوب ابن عرفة الأول، لإمكان استغناء ربها عنها، وضرورة الناس للزرع والشجر .

ويؤيده - كما قال الدسوقى - قاعدة ارتكاب، أخف الضررين عند التقابل، لكن قال: ولكن المعتمد - كما قال شيخنا - قول ابن قاسم .

والاتجاهان كذلك عند الحنفية والشافعية [١] .

شروط ضمان جناية الحيوان:

بدا مما تقدم اتفاق الفقهاء على تضمين جناية الحيوان، كلما كان معها راكب أو حافظ، أو ذو يد ، ولا بد حينئذ من توفر شروط الضمان العامة المتقدمة: من الضرر والتعدى والإفضاء .

١٠٣ - فالضرر يستوى فيه الواقع على النفوس أو الأموال، [٢] وصرح العينى بأن حديث «العجماء جبار» المتقدم، محتمل لأن تكون الجناية على الأبدان أو الأموال، وذكر أن الأول أقرب إلى الحقيقة، [٣] لما ورد فى الصحيحين بلفظ «العجماء جرحها جبار» [٤] .

---

(١) شرح معانى الآثار للطحاوى ٣/ ٢٠٤ و ٢٠٥ (ط: بيروت) .

(٢) البدائع ٧/ ٢٧٣ .

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ٤/ ٣٥٨، قبيل باب العتق، وانظر أيضا شرح الزرقانى ٨/ ١١٩، والدر المختار ٥/ ٣٩٢، وحاشية القليوبى على شرح المحلى ٤/ ٢١٣ .

(٢) رد المحتار ٥/ ٣٨٦ .

(٣) عمدة القارى ٩/ ١٠٢ .

(٤) الحديث تقدم فى ف (١٠٢) .

١٠٤ - والتعدى بمجاوزة ذى اليد فى استعمال الدابة، فحيث استعملها فى حدود حقه، فى ملكه، أو المحل المعد للدواب أو أدخلها ملك غيره بإذنه، فأتلفت نفسا أو مالا، لاضمان عليه إذ لاضمان مع الإذن، بخلاف مالو كان ذلك بغير إذن المالك أو أوقفها فى محل لم يعد لوقوف الحيوانات، أو فى طريق المسلمين، فإنه يكون ضامنا لما تتلفه حينئذ إذ كل من فعل فعلا لم يؤذن له فيه ضمن ما تولد منه [١].

والأصل فى هذا حديث النعمان بن بشير رضى الله تعالى عنهما قال: «قال رسول الله ﷺ: من أوقف دابة فى سبيل من سبل المسلمين أو فى سوق من أسواقهم، فأوطأت بيد أو رجل، فهو ضامن» [٢].

ونصت المجلة فى المادة ٩٣٠ على أنه «لايضمن صاحب الدابة التى أضرت بيدها أو ذيلها أو رجلها، حال كونها فى ملكه، راكبا كان أو لم يكن»، كما نصت (المادة: ٩٣١) على أنه إذا أدخل أحد دابته فى ملك غيره بإذنه، لايضمن جنايتها، فى الصور التي ذكرت فى المادة آنفا حيث إنها تعد كالكائنة فى ملكه، وإن كان أدخلها بدون إذن صاحبه

(١) جامع الفصولين ٢/ ٨٨ .
(٢) حديث: تقدم فى ف (٦)

يضمن ضرر تلك الدابة وخسارها على كل حال .

كما نصت فى (المادة: ٩٣٩) على أنه إذا ربط شخصان دابتيهما فى محل لهما حق الربط فيه، فأتلفت إحدى الدابتين الأخرى، لايلزم الضمان .

وفى النصوص: «لو أوقفها على باب المسجد الأعظم، أو مسجد آخر، يضمن إلا إذا جعل الإمام للمسلمين موضعا يوقفون دوابهم فلايضمن» [١].

ولو ربط دابته فى مكان، ثم ربط آخر فيه دابته، فعضت إحداهما الأخرى، لاضمان لو كان لهما فى المربط ولاية الربط [٢].

وعلله الرملى، نقلا عن القاضى، بأن الربط جناية، فما تولد منه ضمنه [٣].

١٠٥ - وأما الإفضاء، وهو وصول الضرر مباشرة أو تسببا، فإن فعل الحيوان لايوصف بمباشرة أو تسبيب، لأنه ليس مما يصح إضافة الحكم إليه، وإنما يوصف بذلك صاحبه، فتطبق القاعدة العامة: أن المباشر ضامن وإن لم يتعد، والمتسبب لايضمن إلا بالتعدى [٤].

(١) جامع الفصولين ٢/ ٨٦،
(٢) جامع الفصولين ٢/ ٨٧
(٣) حاشية الرملى علي جامع الفصولين ٢/ ٨٧
(٤) مجمع الضمانات (١٦٥)

ويعتبر ذو اليد على الحيوان، وصاحبه مباشرا إذا كان راكبا فى ملكه أو فى ملك غيره، ولو بإذنه أو فى طريق العامة، فيضمن مايحدثه بتلفه، وإن لم يتعد .

فراكب الدابة يضمن ما وطئته برجلها، أو يدها - كما يقول الكاساني - أى ومات لوجود الخطأ فى هذا القتل، وحصوله على سبيل المباشرة لأن ثقل الراكب على الدابة، والدابة آلة له، فكان القتل الحاصل بثقلها مضافا إلى الراكب، والرديف والراكب سواء، وعليهما الكفارة، ويحرمان من الميراث والوصية، لأن ثقلهما على الدابة، والدابة آلة لهما، فكانا قاتلين على طريق المباشرة [١] .

ولو كدمت أو صدمت، فهو ضامن، ولاكفارة ولاحرمان، لأنه قتل بسبب .

ولو أصابت ومعها سائق وقائد، فلاكفارة ولاحرمان، لأنه قتل تسببيا لامباشرة، بخلاف الراكب والرديف [٢] .

وهذا خلاف ما فى مجمع الأنهر، حيث نص على أن الراكب فى ملكه لايضمن شيئا، لأنه غير متعد، بخلاف ما إذا كان فى طريق العامة، فيضمن للتعدى [٣] .

ومثال مالو أتلفت شيئا بتسبيب صاحبها : مالو أوقفها فى ملك غيره، فجالت فى رباطها، حيث طال الرسن فأتلفت شيئا، ضمن، لأنه ممسكها فى أى موضع ذهبت، مادامت فى موضع رباطها [١] .

فقد وجد شرط الضمان بالتسبيب بالتعدى، وهو الربط فى ملك غيره .

ومثال اجتماع المباشرة والتسبيب، حيث تقدم المباشرة، مالو ربط بعيرا إلى قطار، والقائد لايعلم، فوطىء البعير المربوط إنسانا، فقتله، فعلى عاقلة القائد الدية، لعدم صيانة القطار عن ربط غيره، فكان متعديا (مقصرا) لكن يرجع على عاقلة الرابط، لأنه هو الذى أوقعه فى هذه العهدة .

وإنما لم يجب الضمان عليه ابتداء، وكل منهما متسبب، لأن الربط، من القود، بمنزلة التسبيب من المباشرة، لاتصال التلف بالقود دون الربط [٢] .

ومثال ماإذا لم يكن مباشرا ولامتسببا، حيث لايضمن، ماإذا قتل سنوره حمامة فإنه لايضمن، لحديث: «العجماء جرحها جبار» المتقدم آنفا [٣] .

(١) البدائع ٧/٢٧٢
(٢) البدائع ٧/٢٧٢
(٣) مجمع الأنهر ٢/٦٥٩، وانظر الدر المختار ورد المحتاره/٣٨٧

(١) جامع الفصولين ٢/٨٦، وانظر حاشية الرملى فى الموضع نفسه، والرَّسَن: الحبل. . المصباح المنير
(٢) الهداية وشروحها٩/٢٦٣
(٣) جامع الفصولين ٢/٨٥

والأصح عند الشافعية أن الهرة إن أتلفت طيرا أو طعاما ليلا أونهارا ضمن مالكها إن عهد ذلك منها، وإلا فلايضمن فى الأصح [١].

١٠٦ - ومن مشمولات الإفضاء: التعمد، كما لو ألقى هرة على حمامة أو دجاجة، فأكلتها ضمن لو أخذتها برميه وإلقائه، لالو بعده . . . ويضمن بإشلاء كلبه، لأنه بإغرائه يصير آلة لعقره، فكأنه ضربه بسيفه [٢].

ومن مشمولاته التسبب بعدم الاحتراز:

فالأصل: أن المرور بطريق المسلمين مباح، بشرط السلامة، فيما يمكن الاحتراز منه، لافيما لايمكن الاحتراز منه [٣]:

فلو أوقف دابته فى الطريق ضمن ما نفحته، لأن بإمكانه الاحتراز من الإيقاف، وإن لم يمكن الاحتراز من النفحة، فصار متعديا بالإيقاف وشغل الطريق به [٤].

بخلاف ما لو أصابت بيدها أو رجلها حصاة، أو أثارت غبارا، ففقأت الحصاة عين إنسان، أو أفسد الغبار ثوب إنسان فإنه لايضمن لأنه لايمكن الاحتراز منه، لأن سير

(١) شرح المحلى على المنهاج ٤/٢١٣

(٢) جامع الفصولين ٢/٨٥، وانظر الهداية وشروحها ٩/٢٦٤ و ٢٦٥، والمبسوط ٢٧/٥

(٣) الهداية وشروحها ٩/٢٥٨و ٢٥٩، ودرر الحكام ٢/١١١

(٤) الهداية بشروحها ٩/٢٥٩

الدواب لايخلو عنه [١].

وللحنابلة والشافعية تفصيل وخلاف فى الطريق الواسع [٢].

وجاء فى المجلة (المادة: ٩٣٤): ليس لأحد حق توقيف دابته أو ربطها فى الطريق العام.

ومن مشمولاته التسبب بالتقصير، ومن الفروع: مالو رأى دابته تأكل حنطة غيره، فلم يمنعها، حتى أكلتها، فالصحيح أنه يضمن [٣].

وبهذا أخذت المجلة، حيث نصت على أنه «لو استهلك حيوان مال أحد، ورآه صاحبه، فلم يمنعه يضمن». (المادة: ٩٢٩).

١٠٧ - والضامن لجناية الحيوان، لم يقيد فى النصوص الفقهية، بكونه مالكا أو غيره، بل هو ذو اليد، القابض على زمامه، القائم على تصريفه، ولو لم يكن مالكا، ولو لم يحل له الانتفاع به، ويشمل هذا السائس والخادم.

قال النووى: إن الضمان يجب فى مال الذى هو معها، سواء كان مالكا أو مستأجرا

(١) نفسه، ومجمع الضمانات (١٨٥)

(٢) المغنى ١٠/٣٥٩

(٣) الدر المختار ٥/٣٩٢

أو مستعيرا، أو غاصبا أو مودعا، أو وكيلا أو غيره [١] .

ويقول الشرقاوى فى جناية الدابة : لاتتعلق برقبتها، بل بذى اليد عليها [٢] .

١٠٨ ـ ولو تعدد واضعو اليد على الحيوان، فالضمان ـ فيما يبدو من النصوص ـ على الأقوى يدا، والأكثر قدرة على التصرف، وعند الاستواء يكون الضمان عليهما .

قال الكاسانى : وإن كان أحدهما سائقا، والآخر قائدا، فالضمان عليهما لأنهما اشتركا فى التسبيب، فيشتركان فى الضمان، وكذلك إذا كان أحدهما سائقا والآخر راكبا أو كان أحدهما قائدا والآخر راكبا، فالضمان عليهما، لوجود سبب الضمان من كل واحد منهما، إلا أن الكفارة تجب على الراكب وحده، فيما لو وطئت دابته إنسانا فقتلته، لوجود القتل منه وحده مباشرة [٣] ، وإن كان الحصكفى صحح عدم تضمين السائق، لأن الإضافة إلى المباشر أولى، لكن السبب ـ هنا ـ مما يعمل بانفراده، فيشتركان كما حققه ونقله ابن عابدين [٤] .

(١) شرح صحيح مسلم للنووى ١١/ ٢٢٥ (ط : المطبعة المصرية فى القاهرة : ١٣٤٩ هـ .)

(٢) حاشية الشرقاوى على شرح التحرير ٢/ ٤٥٩

(٣) البدائع ٧/ ٢٨٠

(٤) الدر المختار ورد المحتار عليه ٥/ ٣٨٨

وقال ابن قدامة : فإن كان على الدابة راكبان، فالضمان على الأول منهما، لأنه المتصرف فيها، القادر على كفها، إلا أن يكون الأول منهما صغيراً أومريضا أو نحوهما، ويكون الثانى المتولى لتدبيرها، فيكون الضمان عليه .

وإن كان مع الدابة قائد وسائق، فالضمان عليهما، لأن كل واحد منهما لو انفرد ضمن، فإذا اجتمعا ضمنا : وإن كان معهما أو مع أحدهما راكب ، ففيه وجهان :

أحدهما: أن الضمان عليهما جميعا، لذلك .

والآخر : أنه على الراكب، لأنه أقوى يدا وتصرفا .

ويحتمل أن يكون على القائد لأنه لاحكم للراكب على القائد [١] .

ب ـ ضمان جناية الحيوان الخطر:

١٠٩ ـ ويتمثل فى الكبش النطوح، والجمل العضوض، والفرس الكدوم، والكلب العقور، كما يتمثل فى الحشرات المؤذية، والحية والعقرب، والحيوانات الوحشية المفترسة، وسباع البهائم، كالأسد والذئب، وسباع الطير كالحدأة والغراب، وفيها مذاهب للفقهاء :

(١) المغنى بالشرح الكبير ١٠/ ٣٥٩

مذهب الحنفية هو ضمان مايتلفه الحيوان الخطر، من مال أو نفس إذا وجد من مالكه إشلاء أو إغراء أو إرسال، وهو قول أبي يوسف، الذى أوجب الضمان فى هذا كله، احتياطا لأموال الناس [(١)] خلافا لأبي حنيفة [(٢)]، والذى أفتوا به هو: الضمان بعد الإشلاء كالحائط المائل، فى النفس والمال [(٣)] كما فى الإغراء [(٤)].

وعلل الضمان بالإشلاء، بأنه بالإغراء يصير الكلب آلة لعقره، فكأنه ضربه بحد سيفه [(٥)].

وفى مذهب مالك تفصيل ذكره الدسوقى، وهو :

إذا اتخذ الكلب العقور، بقصد قتل إنسان معين وقتله فالقود، أنذر عن اتخاذه أولا .

وإن قتل غير المعين فالدية ، وكذلك إن اتخذه لقتل غير المعين، وقتل شخصا فالدية، أنذر أم لا .

وإن اتخذه لوجه جائز فالدية إن تقدم له إنذار قبل القتل، وإلا فلا شىء عليه .

وإن اتخذه لالوجه جائز ضمن ما أتلف، تقدم له فيه إنذار أم لا ، حيث عرف أنه عقور، وإلا لم يضمن، لأن فعله حينئذ كفعل العجماء [(١)].

وذهب الحنابلة إلى أن الحيوان الخطر ينبغى أن يربط ويكف شره، كالكلب العقور، وكالسنور إذا عهد منه إتلاف الطير أو الطعام، فإذا أطلق الكلب العقور أو السنور، فعقر إنسانا، أو أتلف طعاما أو ثوبا، ليلا أو نهارا، ضمن ماأتلفه، لأنه مفرط باقتنائه وإطلاقه إلا إذا دخل داره إنسان بغير إذنه، فعقره، فلا ضمان عليه، لأنه متعد بالدخول، متسبب بعدم الاستئذان لعقر الكلب له ، فإن دخل بإذن المالك فعليه ضمانه، لأنه تسبب إلى إتلافه .

وكذلك إذا اقتنى سنورا، يأكل أفراخ الناس، ضمن ما أتلفه كالكلب العقور [(٢)]، وهذا ـ هو الأصح ـ عند الشافعية، كلما عهد ذلك منه ليلا أو نهارا، قال المحلى: لأن هذه

---

(١) الهداية بشروحها والعناية منها ٩/٢٦٤، والدر المنتقى بهامش مجمع الأنهر ٢/٦٦٢

(٢) البدائع ٧/٢٧٣

(٣) الدر المختار ورد المحتار ٥/٣٩٢، وانظر مجمع الضمانات (١٩٠) وجامع الفصولين ٢/٨٥

(٤) جامع الفصولين ٢/٨٥

(٥) جامع الفصولين ٢/٨٥ عن فوائد الرستغنى

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ٤/٢٤٤ و٣٥٧ وعلله هنا بأنه فرط فى حفظها، وانظر جواهر الإكليل ٢/٢٥٧، والعقد المنظم للأحكام لابن سلمون الكنانى بهامش تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/٨٧ (ط: المطبعة البهية فى القاهرة: ١٣٠٢ هـ.)

(٢) المغنى بالشرح الكبير١٠/٣٥٨، وكشاف القناع ٤/١١٩ و ١٢٠

(الهرة) ينبغى أن تربط ويكف شرها [١] .

أما ما يتلفه الكلب العقور لغير العقر، كما لو ولغ فى إناء، أو بال، فلايضمن، لأن هذا لايختص به الكلب العقور [٢] .

رابعا : ضمان سقوط المبانى :

١١٠ - بحث الفقهاء موضوع سقوط المبانى وضمانها بعنوان: الحائط المائل. ويتناول القول فى ضمان الحائط، مايلحق به، من الشرفات والمصاعد والميازيب والأجنحة، إذا شيدت مطلة على ملك الآخرين أو الطريق العام ومايتصل بها من أحكام .

وقد ميز الفقهاء، بين ما إذا كان البناء، أو الحائط أو نحوه، مبنيا من الأصل متداعيا ذا خلل، أو مائلا، وبين ما إذا كان الخلل طارئا، فهما حالتان :

الحالة الأولى: الخلل الأصلى فى البناء:

١١١ - هو الخلل الموجود فى البناء، منذ الإنشاء، كأن أنشىء مائلا إلى الطريق العام أو أشرع الجناح أو الميزاب أو الشرفة، بغير إذن، أو أشرعه فى غير ملكه .

قال الحنفية والمالكية إن سقط البناء فى

(١) شرح المحلى على المنهاج ٤/٢١٣، وانظر فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، وحاشية البجيرمى عليه المسماة: التجريد لنفع العبيد ٤/٢٢٦ (ط: بولاق: ١٣٠٩ هـ) . وحاشية البجيرمى على الخطيب ٤/١٩١

(٢) المغنى بالشرح الكبير١٠/٣٥٨، وكشاف القناع ٤/١٢٠

هذه الحال، فأتلف إنسانا أو حيوانا أو مالا، كان ذلك مضمونا على صاحبه، مطلقا من غير تفصيل [١] ، ومن غير إشهاد ولا طلب، لأن فى البناء تعديا ظاهرا ثابتا منذ الابتداء وذلك بشغل هواء الطريق بالبناء، وهواء الطريق كأصل الطريق حق المارة، فمن أحدث فيه شيئا، كان متعديا ضامنا [٢] .

والشافعية لايفرقون فى الضمان، بين أن يأذن الإمام فى الإشراع أولا، لأن الانتفاع بالشارع مشروط بسلامة العاقبة، بأن لايضر بالمارة، وماتولد منه مضمون، وإن كان إشراعا جائزا .

لكن ما تولد من الجناح، فى درب منسدّ، بغير إذن أهله، مضمون، وبإذنهم لاضمان فيه [٣] .

وقال الحنابلة: وإذا بنى فى ملكه حائطا مائلا إلى الطريق، أو إلى ملك غيره، فتلف به شىء أو سقط على شىء فأتلفه ضمنه، لأنه متعد بذلك، فإنه ليس له الانتفاع

(١) جواهر الإكليل ٢/٢٩٧، وشرح الزرقانى ٨/١١٧، والشرح الكبير للدردير ٤/٣٥٦، ومنح الجليل ٤/٥٥٩

(٢) المبسوط ٢٧/٩، والهداية بشروحها ٩/٢٥٤، ومجمع الضمانات ١٨٣ودرر الحكام٢/١١١، والدر المختار ٥/٣٨٥، وشرح التحرير بحاشية الشرقاوى ٢/٤٦٠، وروضة الطالبين ٩/٣٢١

(٣) شرح المحلى وحاشية القليوبى عليه ٤/١٤٨، وروضةالطالبين ٩/٣١٩

بالبناء فى هواء ملك غيره، أو هواء مشترك، ولأنه يعرضه للوقوع على غيره فى غير ملكه، فأشبه مالو نصب فيه منجلا يصيد به [١].

الحالة الثانية: الخلل الطارىء:

١١٢ - إذا أنشىء البناء مستقيما ثم مال، أو سليما ثم تشقق ووقع، وحدث بسبب وقوعه تلف، فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية - استحسانا - والمالكية، وهو المختار عند الحنابلة [٢]، والمروى عن على - رضى الله عنه - وشريح والنخعى والشعبى وغيرهم من التابعين [٣] إلى أنه يضمن ماتلف به، من نفس أو حيوان أو مال، إذا طولب صاحبه بالنقض، وأشهد عليه، ومضت مدة يقدر على النقض خلالها، ولم يفعل.

وهذا قول عند الشافعية، فقد قالوا: إن أمكنه هدمه أو إصلاحه، ضمن، لتقصيره بترك النقض والإصلاح [٤].

والقياس عند الحنفية عدم الضمان، لأنه لم يوجد من المالك صُنْعٌ هو تعد، لأن البناء كان فى ملكه مستقيما، والميلان وشغل الهواء ليس من فعله، فلايضمن، كما إذا لم يشهد عليه [١]، ولما قالوه فى هذه المسألة: ومن قتله الحجر، بغير فعل البشر، فهو بالإجماع هدر [٢].

ووجه الاستحسان: ما روى عن الأئمة من الصحابة والتابعين المذكورين، وأن الحائط لما مال فقد شغل هواء الطريق بملكه، ورفعه بقدرة صاحبه، فإذا تقدم إليه وطولب بتفريغه لزمه ذلك، فإذا امتنع مع تمكنه صار متعديا.

ولأنه لو لم يضمن يمتنع من الهدم، فينقطع المارة خوفا على أنفسهم، فيتضررون به، ودفع الضرر العام من الواجب، وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام [٣].

ومع ذلك فقد نص الحنفية على أن الشرط هو التقدم، دون الإشهاد، لأن المطالبة تتحقق، وينعدم به معنى الغذر فى حقه، وهو الجهل بميل الحائط [٤].

أما الإشهاد فللتمكن من إثباته عند الإنكار، فكان من باب الاحتياط [٥].

---

(١) المغنى بالشرح الكبير ٥٧١/٩، ٥٧٢

(٢) المغنى ٥٧٢/٩ والشرح الكبير معه ٤٥٠/٥، والدسوقى ٣٥٦/٤

(٣) المبسوط ٥/٢٧ وتبيين الحقائق ١٤٧/٦

(٤) شرح المحلى على المنهاج بحاشية القليوبى وعميرة ١٤٨/٤

---

(١) تبيين الحقائق ١٤٧/٦ والفتاوى الخيرية لنفع البرية، لخير الدين الأيوبى العليمى ١٨٣/٢ (ط بولاق ١٢٧٣هـ)

(٢) تبيين الحقائق ١٤٧/٦

(٣) الهداية بشروحها ٢٥٣/٩ وتكملة البحر الرائق للطورى ٤٠٣/٨ والمبسوط ١٢/٢٧ وانظرالدر المختار ورد المحتار ٣٨٤/٥، ٣٨٥

(٤) المبسوط ٩/٢٧.

(٥) البدائع ٢٨٦/٧ والهداية بشروحها ٢٥٤/٩ ودررالحكام ١١٠/٢

والمالكية يشترطون الإشهاد مع الإنذار، فإذا انتفى الإنذار والإشهاد فلاضمان، إلا أن يعترف بذلك مع تفريطه فيضمن [١]، كما أن الإشهاد المعتبر عندهم يكون عند الحاكم، أو جماعة المسلمين ولو مع إمكان الإشهاد عند الحاكم [٢].

١١٣ - وشروط التقدم أو الإنذار هى :

ومعنى التقدم : طلب النقض ممن يملكه [٣]، وذلك بأن يقول المتقدم : إن حائطك هذا مخوف، أو يقول : مائل فانقضه أو اهدمه، حتى لا يسقط ولا يتلف شيئا، ولو قال: ينبغى أن تهدمه، فذلك مشورة [٤].

أ - أن يكون التقدم ممن له حق ومصلحة فى الطلب .

وفرقوا فى هذا: بين ما إذا كان الحائط مائلا إلى الطريق العام، وبين ما إذا كان مائلا إلى ملك إنسان :

ففى الصورة الأولى: يصح التقدم من كل مكلف، مسلم أو غيره، وليس للمتقدم ولاللقاضى حق إبراء صاحب الحائط، ولا تأخيره بعد المطالبة، لأنه حق العامة،

(١) الشرح الكبير للدردير٤/٣٥٦ .

(٢) المرجع السابق، وانظر منح الجليل ٤/٥٥٩ .

(٣) رد المحتار ٥/٣٨٥ وتكملة البحر الرائق للطورى ٨/٤٠٣ .

(٤) رد المحتاره/٣٨٤ .

وتصرفه فى حق العامة نافذ - كما يقول الحصكفى نقلا عن الذخيرة - فيما ينفعهم، لافيما يضرهم [١].

وفى الصورة الثانية : لايصح التقدم إلا من المالك الذى شغل الحائط هواء ملكه، كما أن له حق الإبراء والتأخير [٢].

بل نصت المجلة (فى المادة: ٩٢٨) على أنه لو كان الحائط مائلا إلى الطريق الخاص، يلزم أن يكون الذى تقدم ممن له حق المرور فى ذلك الطريق .

ب - أن يكون الطلب قبل السقوط بمدة يقدر على النقض خلالها ، لأن مدة التمكن من إحضار الأجراء مستثناه فى الشرع [٣].

ج - أن يكون التقدم بعد ميل الحائط، فلو طلب قبل الميل لم يصح، لعدم التعدى .

د - أن يكون التقدم إلى من يملك النقض، كالمالك وولى الصغير، ووصيه ووصى المجنون، والراهن، وكذا الواقف والقيم على الوقف وأحد الشركاء [٤]، بخلاف المرتهن والمستأجر والمودع، لأنهم

(١) الدر المختار ٥/٣٨٥

(٢) المبسوط ٢٧/١٣ وتكملة البحر الرائق ٨/٤٠٤ ومجمع الأنهر ٢/٦٥٨، ٦٥٩ وانظر المغنى بالشرح الكبير ٩/٥٧٣، ٥٧٤ .

(٣) رد المحتار ٥/٣٨٤ نقلا عن القهستانى .

(٤) الدر المختار ٥/٣٨٤ ومجمع الأنهر ٢/٦٥٨ ومجمع الضمانات ص ١٨٢

ليست لهم قدرة على التصرف، فلايفيد طلب النقض منهم، ولايعتبر فيهم الإنذار كما قال الدردير [1]، ولهذا لا يضمنون ما تلف من سقوطه، بل قال الحصكفي : لا ضمان أصلا على ساكن ولا مالك [2] .

ومحل هذه الشروط - كما قال الدسوقي - إذا كان منكرا للميلان، أما إذا كان مقراً به فلايشترط ذلك [3] .

١١٤ - وذهب الشافعية إلى عدم الضمان مطلقا بسقوط البناء، إذا مال بعد بنائه مستقيماً ولو تقدم إليه، وأشهد عليه .

قال النووي : إن لم يتمكن من هدمه وإصلاحه، فلاضمان قطعا، وكذا إن تمكن على الأصح . . ولافرق بين أن يطالبه الوالي أو غيره بالنقض، وبين أن لايطالب [4]، وهذا هو القياس، كما تقدم، ووجهه : أنه بنى في ملكه، والهلاك حصل بغير فعله [5] ، وأن الميل نفسه لم يحصل بفعله [6] ، وأن ما كان

(١) الشرح الكبير للدردير ٤/٣٥٦ .
(٢) الدر المختار ٥/٣٨٥
(٣) حاشية الدسوقي ٤/٣٥٦ .
(٤) روضة الطالبين ٩/٣٢١ .
(٥) روضة الطالبين ٩/٣٢١ .
(٦) شرح المحلي على المنهاج ٤/١٤٨ ، وشرح التحرير وحاشية الشرقاوي عليه ٢/٤٥٩ .

أوله غير مضمون، لاينقلب مضمونا بتغيير الحال [1] .

وذهب بعض الحنابلة، وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور وإسحاق، إلى أنه يضمن ما تلف به وإن لم يطالب بالنقض، وذلك لأنه متعد بتركه مائلا، فضمن ماتلف به، كما لو بناه مائلا إلى ذلك ابتداء، ولأنه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ماتلف، ولو لم يكن ذلك موجبا للضمان لم يضمن بالمطالبة، كما لو لم يكن مائلا، أو كان مائلا إلى ملكه [2] .

لكن نص أحمد، هو عدم الضمان - كما يقول ابن قدامة - أما لو طولب بالنقض، فقد توقف فيه أحمد، وذهب بعض الأصحاب إلى الضمان فيه [3] .

أما الضمان الواجب بسقوط الأبنية، عند القائلين به، فهو:

أ - أن ماتلف به من النفوس، ففيه الدية على عاقلة مالك البناء .

ب - وما تلف به من الأموال فعلى مالك البناء، لأن العاقلة لاتعقل المال [4] .

(١) حاشية الشرقاوي على شرح التحرير ٢/٤٥٩ .
(٢) المغني ٩/٥٧٢، والشرح لكبير مع المغني ٥/٤٥١ .
(٣) المغني بالشرح الكبير ٩/٥٧٢ .
(٤) الدر المختار ورد المحتار ٥/٣٨٥ .

ج - ولا تجب على المالك الكفارة - عند الحنفية - ولايحرم من الميراث والوصية، لأنه قتل بسبب، وذلك لعدم القتل مباشرة، وإنما ألحق بالمباشر فى الضمان، صيانة للدم عن الهدر، على خلاف الأصل، فبقى فى الكفارة وحرمان الميراث على الأصل [١].

وعند الشافعية والجمهور: هو ملحق بالخطأ فى أحكامه، إذ لاقتل بسبب عندهم، ففيه الكفارة، وفيه الحرمان من الميراث والوصية، لأن الشارع أنزله منزلة القاتل [٢].

خامساً : ضمان التلف بالأشياء:

١١٥ - أكثر ما يعرض التلف بالأشياء، بسبب إلقائها فى الطرقات والشوارع، أو بسبب وضعها فى غير مواضعها المخصصة لها .

ويمكن تقسيم الأشياء إلى خطرة، وغير خطرة، أى عادية .

القسم الأول :

ضمان التلف الحاصل بالأشياء العادية غير الخطرة:

١١٦ - يرد الفقهاء مسائل التلف الحاصل بالأشياء العادية، غير الخطرة، إلى هذه القواعد والأصول :

الأول : كل موضع يجوز للواضع أن يضع فيه أشياءه لايضمن مايترتب على وضعها فيه من ضرر، لأن الجواز الشرعى ينافى الضمان .

الثانى : كل موضع لايجوز له أن يضع فيه أشياءه يضمن ما ينشأ عن وضعها فيه من أضرار، مادامت فى ذلك الموضع، فإن زالت عنه لم يضمن [١].

الثالث: كل من فعل فعلا لم يؤذن له فيه، ضمن ما تولد عنه من ضرر [٢].

الرابع : أن المرور فى طريق المسلمين مباح، بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه [٣].

الخامس: أن المتسبب ضامن إذا كان متعديا، وإلا لايضمن، والمباشر ضامن مطلقا [٤].

ومن الفروع التى انبثقت منها هذه الأصول:

أ - من وضع جرة أو شيئا فى طريق لايملكه فتلف به شىء ضمن، ولو زال

---

(١) الدر المختار ورد المحتار ٣٤٢/٥ر ٣٨١ وتبيين الحقائق وحاشية الشلبى عليه ١٤٣/٦، ١٤٤، والكفاية شرح الهداية بتصرف ١٤٨/٩، وبدائع الصنائع ٢٧٤/٧ .

(٢) الهداية بشروحها ١٤٨/٩، والقوانين الفقهية ٢٨٨، وشرح الخرشى ٤٩/٨، وشرح المنهج بحاشية الجمل ١٠٢/٥ وشرح المحلى بحاشيتى القليوبى وعميرة ١٦٢/٤، والمغنى بالشرح الكبير ٣٧/١٠ و ١٦١/٧، ١٦٢ .

(١) جامع الفصولين ٨٨/٢ نقلا عن فتاوى القاضى ظهير الدين، ببعض تصرف .

(٢) نفسه، بتصرف .

(٣) الدر المختار ٣٨٦/٥ . وانظر شرح المحلى على المنهاج بحاشيتى القليوبى وعميرة ١٤٨/٤ .

(٤) رد المحتار ٣٨٦/٥

ذلك الشيء الموضوع أولا إلى موضع آخر، (غير الطريق) فتلف به شيء، بريء واضعه ولم يضمن [١].

ب - لو قعد في الطريق ليبيع، فتلف بقعدته شيء: فإن كان قعد بإذن الإمام لايضمنه، وإن كان بغير إذنه يضمنه [٢]. وللحنابلة قولان في الضمان [٣].

ج - ولو وضع جرة على حائط، فأهوت بها الريح، وتلف بوقوعها شيء، لم يضمن، إذ انقطع أثر فعله بوضعه، وهو غير متعد في هذا الوضع بأن وضعت الجرة وضعا مأمونا، فلايضاف إليه التلف [٤].

د - لو حمل في الطريق شيئا على دابته أو سيارته، فسقط المحمول على شيء فأتلفه أو اصطدم بشيء فكسره، ضمن الحامل، لأن الحمل في الطريق مباح بشرط السلامة، ولأنه أثر فعله.

ولو عثر أحد بالحمل ضمن، لأنه هو الواضع، فلم ينقطع أثر فعله [٥].

هـ - لو ألقى في الطريق قشرا، فزلقت به

(١) جامع الفصولين ٢/٨٨

(٢) جامع الفصولين ٢/٨٨

(٣) الشرح الكبير مع المغني ٥/٤٤٩

(٤) جامع الفصولين ٢/٨٨ رامزا إلى الزيادات. وانظر الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية ٣/٤٥٨ (ط دار إحياء التراث العربي في بيروت).

(٥) مجمع الأنهر والدر المنتقى بهامشه ٢/٦٥٣ والدر المختار ٥/٣٨٢، والفتاوى الخانية ٣/٤٥٨.

دابة، ضمن، لأنه غير مأذون فيه [١]، وهو الصحيح عند الشافعية، ومقابل الصحيح عندهم: أنه غير مضمون، لجريان العادة بالمسامحة في طرح ماذكر [٢].

وكذا لو رش في الطريق ماء، فتلفت به دابة، ضمن [٣]، وقال القليوبي: إنه غير مضمون إذا كان لمصلحة عامة، ولم يجاوز العادة، وإلا فهو مضمون عل الراش، لأنه المباشر [٤].

القسم الثاني:

ضمان التلف بالأشياء الخطرة:

١١٧ - روى أبو موسى الأشعري - رضي الله تعالى عنه - عن النبي ﷺ - «إذا مر أحدكم في مسجدنا أو في سوقنا، ومعه نبل، فليمسك على نصالها - أو قال: فليقبض بكفه - أن يصيب أحدا من المسلمين منها بشيء» [٥].

وفي الفروع: لو انفلتت فأس من يد قصاب، كان يكسر العظم، فأتلف عضو

(١) جامع الفصولين ٢/٨٨

(٢) شرح المحلي على المنهاج ٤/١٤٩، وروضة الطالبين ٩/٣٢٢.

(٣) رد المحتار ٥/٣٨١، وقارن بالفتاوى الخانية ٣/٤٥٨ فقد فصل القول فيها بعض الشيء.

(٤) حاشية القليوبي على شرح المحلي ٤/١٤٩، وروضة الطالبين ٩/٣٢٣.

(٥) حديث: «إذا مر أحدكم في مسجدنا» أخرجه البخاري (الفتح ١٢/٢٤)، ومسلم ٤/٢٠١٩.

إنسان، يضمن، وهو خطأ [١]. ولا تعليل للضمان فى هذه المسألة إلا التقصير فى رعاية هذه الآلة الحادة، وعدم الاحتراز أثناء الاستعمال، فاستدل بوقوع الضرر على التعدى، وأقيم مقامه.

وقال الحنفية: إن ذا اليد على الأشياء الخطرة يضمن من الأضرار المترتبة عليها ماكان بفعله، ولايضمن ماكان بغير فعله. ومن نصوصهم:

أ ـ لو خرج البارود من البندقية بفعله، فأصاب آدميا أو مالا ضمن، قياسا على مالو طارت شرارة من ضرب الحداد، فأصابت ثوب مار فى الطريق، ضمن الحداد [٢].

ب ـ ولو هبت الريح فحملت نارا، وألقتها على البندقية، فخرج البارود، لاضمان [٣].

ج ـ ولو وقع الزند المتصل بالبندقية المجربة، التى تستعمل في زماننا، على البارود بنفسه، فخرجت رصاصتها، أو مابجوفها، فأتلف مالا أو آدميا، فإنه لاضمان [٤].

(١) واقعات المفتين لقدرى أفندى الشيخ عبد القادربن يوسف ص ٦٤ (ط الأولى، فى بولاق: ١٣٠٠هـ) وانظر فروعا أخرى فى مجمع الأنهر ٢/٦٦١ ولسان الحكام لابن الشحنة ص ١٠٨

(٢) جامع الفصولين وحاشية خير الدين الرملى عليه ٢/٤٩، ٩٠.

(٣) حاشية الرملى على جامع الفصولين ٨٩ السطر الأخير.

(٤) الحاشية نفسها ٢/٩٠.

ضمان الاصطدام:

تناول الفقهاء حوادث الاصطدام، وميزوا بين اصطدام الإنسان والحيوان، وبين اصطدام الأشياء كالسفن ونحوها.

أولا: اصطدام الإنسان:

١١٨ ـ ذهب الحنفية إلى أنه إذا اصطدم الفارسان خطأ وماتامنه ضمنت عاقلة كل فارس دية الآخر إذا وقعا على القفا، وإذا وقعا على وجوههما يهدر دمهما.

ولو كانا عامدين فعلى عاقلة كلٍ نصف الدية، ولو وقع أحدهما على وجهه هدر دمه فقط.

وإذا تجاذب رجلان حبلا فانقطع الحبل، فسقطا على القفا وماتا هدر دمهما، لموت كل بقوة نفسه، فإن وقعا على الوجه وجب دية كل واحد منهما على الآخر، لموته بقوة صاحبه [١].

وعند المالكية: إن تصادم مكلفان عمدا، أو تجاذبا حبلا فماتا معا، فلا قصاص ولا دية وإن مات أحدهما فقط فالقود.

وإن تصادما خطأ فماتا، فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر، وإن مات أحدهما فديته على من بقى منها.

(١) ابن عابدين والدر المختار ٥/٣٨٨ ـ ٣٨٩.

وإن كان التجاذب لمصلحة فلاقصاص ولادية، كما يقع بين صناع الحبال فإذا تجاذب صانعان حبلا لإصلاحه فماتا أو أحدهما فهو هدر .

ولو تصادم الصبيان فماتا، فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر، سواء حصل التصادم أو التجاذب بقصد أوبغير قصد، لأن فعل الصبيان عمدا حكمه كالخطأ [(١)] .

وذهب الشافعية: إلى أنه إذا اصطدم شخصان - راكبان أو ماشيان، أو راكب وماش طويل - بلاقصد، فعلى عاقلة كل منهما نصف دية مخففة، لأن كل واحد منهما هلك بفعله، وفعل صاحبه، فيهدر النصف، ولأنه خطأ محض، ولافرق بين أن يقعا منكبّين أو مستلقيين، أو أحدهما منكبًّا والآخر مستلقيا .

وإن قصدا الاصطدام فنصف الدية مغلظة على عاقلة كل منهما لورثة الآخر، لأن كل واحد منهما هلك بفعله وفعل صاحبه، فيهدر النصف، ولأن القتل حينئذ شبه عمد فتكون الدية مغلظة، ولاقصاص إذا مات أحدهما دون الآخر، لأن الغالب أن الاصطدام لايفضى إلى الموت .

والصحيح أن على كل منهما فى تركته كفارتين: إحداهما لقتل نفسه، والأخرى لقتل صاحبه، لاشتراكهما فى إهلاك نفسين، بناء على أن الكفارة لاتتجزأ .

وفى تركة كل منهما نصف قيمة دية الآخر، لاشتراكهما فى الإتلاف، مع هدر فعل كل منهما فى حق نفسه .

ولو تجاذبا حبلا فانقطع وسقطا وماتا، فعلى عاقلة كل منهما نصف دية الآخر، سواء أسقطا منكبَّيْن أم مستلقيين، أم أحدهما منكبّا والآخر مستلقيا، وإن قطعه غيرهما فديتهما على عاقلته [(١)] .

وذهب الحنابلة إلى أنه إذا اصطدم الفارسان، فعلى كل واحد من المصطدمين ضمان ماتلف من الآخر من نفس أو دابة أو مال، سواء كانا مقبلين أم مدبرين، لأن كل واحد منهما مات من صدمة صاحبه وإنما هو قربها إلى محل الجناية، فلزم الآخر ضمانها كما لو كانت واقفة إذا ثبت هذا، فإن قيمة الدابتين إن تساوتا تقاصا وسقطتا، وإن كانت إحداهما أكثر من الأخرى فلصاحبها الزيادة، وإن ماتت إحدى الدابتين فعلى الآخر قيمتها، وإن نقصت فعليه نقصها .

فإن كان أحدهما يسير بين يدى الآخر، فأدركه الثانى فصدمه فماتت الدابتان، أو

---

(١) حاشية الدسوقى ٤/٢٤٧

(١) مغنى المحتاج ٤/٨٩ - ٩٠ .

إحداهما فالضمان على اللاحق، لأنه الصادم والآخر مصدوم، فهو بمنزلة الواقف .

وإن كان أحدهما يسير والآخر واقفا، فعلى السائر قيمة دابة الواقف، نص أحمد على هذا لأن السائر هو الصادم المتلف، فكان الضمان عليه وإن مات هو أودابته فهو هدر، لأنه أتلف نفسه ودابته، وإن انحرف الواقف فصادفت الصدمة انحرافه فهما كالسائرين، لأن التلف حصل من فعلهما، وإن كان الواقف متعديا بوقوفه، مثل أن يقف فى طريق ضيق فالضمان عليه دون السائر، لأن التلف حصل بتعديه فكان الضمان عليه، كما لو وضع حجرا فى الطريق، أو جلس فى طريق ضيق فعثر به إنسان .

وإن تصادم نفسان يمشيان فماتا، فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر، روى هذا عن على ـ رضى الله عنه ـ والخلاف ـ ههنا ـ فى الضمان كالخلاف فيما إذا اصطدم الفارسان، إلا أنه لاتقاصّ ـ ههنا ـ فى الضمان، لأنه على غير من له الحق، لكون الضمان على عاقلة كل واحد منهما، وإن اتفق أن يكون الضمان على من له الحق مثل أن تكون العاقلة هى الوارثة، أويكون الضمان على المتصادمين تقاصّا، ولايجب القصاص سواء كان اصطدامهما عمدا أو خطأ، لأن الصدمة لاتقتل غالبا، فالقتل الحاصل بها مع العمد عمد الخطأ [١] .

ثانيا : اصطدام الأشياء : السفن والسيارات :

١١٩ ـ قال الفقهاء : إذا كان الاصطدام بسبب قاهر أو مفاجىء، كهبوب الريح أو العواصف، فلاضمان على أحد .

وإذا كان الاصطدام بسبب تفريط أحد ربانى السفينتين ـ أو قائدى السيارتين ـ كان الضمان عليه وحده .

ومعيار التفريط ـ كما يقول ابن قدامة ـ أن يكون الربان ـ وكذلك القائد ـ قادرا على ضبط سفينته ـ أو سيارته ـ أو ردّها عن الأخرى، فلم يفعل، أو أمكنه أن يعدلها إلى ناحية أخرى فلم يفعل، أو لم يكمل آلتها من الحبال والرجال وغيرها [٢] .

وإذا كانت إحدى السفينتين واقفة، والأخرى سائرة، فلا شىء على الواقفة، وعلى السائرة ضمان الواقفة، إن كان القيم مفرطا .

وإذا كانتا ماشيتين متساويتين، بأن كانتا في بحر أو ماء راكد، ضمن المفرط سفينة الآخر، بما فيها من مال أو نفس .

أما إذا كانتا غير متساويتين، بأن كانت

---

(١) المغنى بالشرح الكبير ١٠/٣٥٩ ـ ٣٦٠ .

(٢) المغنى بالشرح الكبير ١٠/٣٦١ .

إحداهما منحدرة، والأخرى صاعدة فعلى المنحدر ضمان الصاعدة، لأنها تنحدر عليها من علو، فيكون ذلك سببا فى غرقها، فتنزل المنحدرة منزلة السائرة، والصاعدة منزلة الواقفة، إلا أن يكون التفريط من المصعد فيكون، الضمان عليه، لأنه المفرط [١].

وقال الشافعية فى اصطدام السفن: السفينتان كالدابتين، والملاحان كالراكبين إن كانتا لهما [٢].

وأطلق ابن جزى قوله: إذا اصطدم مركبان فى جريهما، فانكسر أحدهما أو كلاهما، فلاضمان فى ذلك [٣].

انتفاء الضمان :

ينتفى الضمان - بوجه عام - بأسباب كثيرة، من أهمها:

أ - دفع الصائل :

١٢٠ - يشترط فى دفع الصائل، لانتفاء الإثم وانتفاء الضمان - بوجه عام - مايلى :

١ - أن يكون الصول حالا، والصائل شاهرا سلاحه أو سيفه، ويخاف منه الهلاك [٤]، بحيث لايمكن المصول عليه، أن يلجأ إلى السلطة ليدفعه عنه [١].

٢ - أن يسبقه إنذار وإعلام للصائل، إذا كان ممن يفهم الخطاب كالآدمى [٢]، وذلك بأن يناشده الله، فيقول: ناشدتك الله إلا ماخليت سبيلى، ثلاث مرات، أو يعظه، أو يزجره لعله ينكف، فأما غيره، كالصبى والمجنون - وفى حكمهما البهيمة - فإن إنذارهم غير مفيد، وهذا مالم يعاجل بالقتال، وإلا فلا إنذار، قال الخرشى: والظاهر أن الإنذار مستحب [٣]، وهو الذى قاله الدردير: بعد الإنذار ندبا [٤].

وقال الغزالى: ويجب تقديم الإنذار، فى كل دفع، إلا فى مسألة النظر إلى حرم الإنسان من كوة [٣].

٣ - كما يشترط أن يكون الدفع على سبيل التدرج: فما أمكن دفعه بالقول لا يدفع بالضرب، وما أمكن دفعه بالضرب لا يدفع بالقتل، [٦] وذلك تطبيقا للقواعد الفقهية المقررة فى نحو هذا:

---

(١) الشرح الكبير مع المغنى ٥/٤٥٦، ٤٥٧ .
(٢) شرح المحلى على المنهاج بحاشيتى القليوبى وعميرة ٤/١٥١، ١٥٢ .
(٣) القوانين الفقهية ٢١٨ .
(٤) الوجيز ٢/١٨٥ .

---

(١) الدر المختار ٥/٣٥١ .
(٢) جواهر الإكليل ٢/٢٩٧ .
(٣) شرح الخرشى على مختصر خليل ٨/١١٢ .
(٤) الشرح الكبير بحاشية الدسوقى عليه ٤/٣٥٧ .
(٥) الوجيز ٢/١٨٥ بتصرف .
(٦) انظر الدر المختار ٥/٣٥١، ومنح الجليل ٤/٥٦٩ .

كقاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف .

٤ - وشرط المالكية أن لا يقدر المصول عليه على الهروب، من غير مضرة تحصل له، فإن كان يقدر على ذلك بلا مضرة ولا مشقة تلحقه، لم يجز له قتل الصائل، بل ولا جرحه [٥]، ويجب هربه منه ارتكابا لأخف الضررين [٢].

الضمان فى دفع الصائل :

١٢١- ذهب الجمهور إلى أنه إن أدى دفع الصائل إلى قتله، فلا شيء على الدافع [١].

وللتفصيل . ر. مصطلح : (صيال) .

ب - حال الضرورة :

١٢٢ - الضرورة : نازلة لا مدفع لها ، أو كما يقول أهل الأصول : نازلة لا مدفع لها إلا بارتكاب محظور يباح فعله لأجلها .

ومن النصوص الواردة فى أحوال الضرورة :

١ - حريق وقع فى محلة، فهدم رجل دار غيره، بغير أمر صاحبه، وبغير إذن من السلطان، حتى ينقطع عن داره، ضمن ولم يأثم .

قال الرملى : وفيه دليل على أنه لو كان بأمر السلطان لا يضمن، ووجهه : أن له ولاية عامة، يصح أمره لدفع الضرر العام . وبه صرح فى الخانية [١].

٢ - يجوز أكل الميتة كما يجوز أكل مال الغير مع ضمان البدل إذا اضطر [٢].

٣ - لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة، ينظر إلى أكثرهما قيمة، فيضمن صاحب الأكثر قيمة الأقل [٣].

٤ - إذا مضت مدة الإجارة، والزرع بقل، لم يحصد بعد، فإنه يترك بالقضاء أو الرضى، بأجر المثل إلى إدراكه رعاية للجانبين، لأن له نهاية [٤].

ج - حال تنفيذ الأمر:

١٢٣ - يشترط لانتفاء الضمان عن المأمور وثبوته على الآمر ، مايلى :

١ - أن يكون المأمور به جائز الفعل، فلو لم يكن جائزا فعله ضمن الفاعل لا الآمر، فلو أمر غيره بتخريق ثوبِ ثالثٍ ضمن المخرق لا الآمر [٥].

٢ - أن تكون للآمر ولاية على المأمور، فإن لم

---

(١) شرح الخرشى ٨/١١٢ .

(٢) جواهرالإكليل ٢/٢٩٧ ، ومنح الجليل ٤/٥٦٢ .

(٣) شرح المحلى على المنهاج ٤/٢٠٦ وانظر جواهر الإكليل ٢/٢٩٧ ، والمغنى بالشرح الكبير ١٠/٣٥١ .

---

(١) حاشية الرملى على جامع الفصولين ٢/٤٩ عن التتارخانية .

(٢) الأشباه للسيوطى ص ٨٤ وما بعدها، ومنافع الرقائق للكوز الحصارى مصطفى بن محمد، شرح مجامع الحقائق للخادمى ص٣١٢ . (ط الأستانة : ١٣٠٨هـ) .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٨ .

(٤) الدر المختار وردالمحتار عليه ٥/٢١ .

(٥) جامع الفصولين ٢/٧٨ رامزا إلى عدة المفتين للنسفى .

تكن له ولاية عليه، وأمره بأخذ مال غيره فأخذه، ضمن الآخذ لا الآمر، لعدم الولاية عليه أصلاً، [١] فلم يصح الأمر، وفى كل موضع لم يصح الأمر كان الضمان على المأمور، ولم يضمن الآمر [٢].

وإذا صح الأمر بالشرطين السابقين، وقع الضمان على الآمر، وانتفى عن المأمور ولو كان مباشراً، لأنه معذور لوجوب طاعته لمن هو فى ولايته، كالولد إذا أمره أبوه، والموظف إذا أمره رئيسه .

قال الحصكفى : الآمر لا ضمان عليه بالأمر، إلا إذا كان الآمرسلطانا أو أبًا أو سيداً، أو كان المأمور صبيا أو عبدا [٣].

وكذا إذا كان مجنونا، أو كان أجيراً للآمر [٤].

د - حال تنفيذ إذن المالك وغيره :

١٢٤ - الأصل أنه لا يجوز لأحد أن يتصرف فى ملك الغير بلا إذنه، فإن أذن وترتب على الفعل المأذون به ضرر انتفى الضمان، لكن ذلك مشروط : بأن يكون الشىء المأذون بإتلافه، مملوكا للآذن، أو له ولاية عليه .

وأن يكون الآذن بحيث يملك هو التصرف فيه، وإتلافه، لكونه مباحا له .

وعبر المالكية عن ذلك بأن يكون الإذن معتبرا شرعاً [٥].

وقال الشافعية : ممن يعتبر إذنه [١]، فلو انتفى الإذن أصلاً، كما لو استخدم سيارة غيره بغير إذنه، أو قاد دابته، أو ساقها، أو حمل عليها شيئاً، أو ركبها فعطبت، فهو ضامن [٣].

أو انتفى الملك - كما لو أذن شخص لآخر بفعل ترتب عليه إتلاف ملك غيره - ضمن المأذون له، لأنه لا يجوز التصرف فى مال غيره بلا إذنه ولا ولايته [٤].

ولو أذن الآخر بإتلاف ماله، فأتلفه فلا ضمان، كما لو قال له : أحرق ثوبى ففعل، فلا يغرم [٥]، إلا الوديعة إذا أذن له بإتلافها يضمنها، لالتزامه حفظها [٦]، ولو داوى الطبيب صبيا بإذن من الصبى نفسه، فمات أو عطب، ضمن الطبيب، ولو كان الطبيب عالماً، ولو لم يقصر، ولو أصاب وجه العلم

---

(١) حاشية الرملى على جامع الفصولين ٢ / ٧٨ :
(٢) جامع الفصولين فى الموضع نفسه، رامزا إلى الفتاوى الصغرى للصدر الشهيد .
(٣) الدر المختاره/١٣٦ .
(٤) رد المحتار ٥ / ١٣٦، وجامع الفصولين ٢ / ٧٨ ومجمع الضمانات ص ١٥٧ .

(١) الشرح الكبير للدردير بحاشية الدسوقى ٤ / ٣٥٥ .
(٢) شرح المحلى على المنهاج ٤ / ٢١٠ .
(٣) مجمع الضمانات ١٤٥و١٤٦ .
(٤) الدر المختار ٥ / ١٢٧ وانظر جامع الفصولين ٢ / ٧٨ .
(٥) منح الجليل ٤ / ٣٤٧ .
(٦) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير٤ / ٣٥٥ .

والصنعة لأن إذن الصبى غير معتبر شرعاً [١].

وكذا لو أذن الرشيد لطبيب فى قتله ففعل، لأن هذا الإذن غير معتبر شرعا، وهذا عند المالكية [٢].

وقال الحنفية: لو قال له اقتلنى فقتله، ضمن ديته، لأن الإباحة لا تجرى فى النفس، لأن الإنسان لا يملك إتلاف نفسه، لأنه محرم شرعا، لكن يسقط القصاص، لشبهة الإذن، كما يقول الحصكفى [٣]، وهو قول للشافعية [٤].

وفى قول للحنفية: لا تجب الدية أيضاً [٥]، وهو قول سحنون من المالكية [٦]، وهو الأظهر عند الشافعية، فهو هدر للإذن [٧]، وفى قول ابن قاسم: يقتل [٨]، وهو قول الحنفية [٩].

(١) الشرح الكبير للدردير ٤/٣٥٥ وشرح الخرشى وحاشية العدوى ٨/١١١.

(٢) يؤخذ من حاشية الدسوقى بتصرف ٤/٣٥٥.

(٣) الدر المختار ٥/٣٥٢، وانظر البدائع ٧/٢٣٦.

(٤) مغنى المحتاج ٤/٥٠، وانظر كشاف القناع ٦/٥.

(٥) الدر المختار ٥/٣٥٢، والبدائع ٧/٢٣٦.

(٦) منح الجليل ٤/٣٤٦.

(٧) مغنى المحتاج ٤/٥٠.

(٨) منح الجليل ٤/٣٤٦. وانظر جواهر الإكليل ٢/٢٥٥ والقوانين الفقهية ص ٢٦٦.

(٩) مجمع الضمانات ١٦٠.

هـ ـ حال تنفيذ أمر الحاكم أو إذنه:

١٢٥ ـ إذا ترتب على تنفيذ أمر الحاكم، أو إذنه بالفعل ضرر، ففيه خلاف وتفصيل.

فلو حفر حفرة فى طريق المسلمين العام، أو فى مكان عام لهم، كالسوق والمنتدى والمحتطب والمقبرة، أو أنشأ بناء، أو شق ترعة، أو نصب خيمة، فعطب بها رجل، أو تلف بها إنسان، فديته على عاقلة الحافر، وإن تلف بها حيوان، فضمانه فى ماله، لأن ذلك تعد وتجاوز، وهو محظور فى الشرع صيانة لحق العامة لا خلاف فى ذلك.

فإن كان ذلك بإذن الحاكم أو أمره أو أمر نائبه: فذهب الحنفية إلى أنه لا يضمن، لأنه غير متعد حينئذ، فإن للإمام ولاية عامة على الطريق، إذ ناب عن العامة، فكان كمن فعله فى ملكه [١].

وقال المالكية: لو حفر بئراً فى طريق المسلمين فتلف فيها آدمى أو غيره ضمن الحافر لتسببه فى تلفه، أذن السلطان أو لم يأذن ويمنع من ذلك البناء [٢].

وقال الشافعية: لو حفر بطريق ضيق

(١) الهداية بشروحها ٩/٢٤٦، والمبسوط ٢٧/٢٥، والبدائع ٧/٢٧٨ ومجمع الأنهر ٢/٦٥١، و ٦٥٢، ومجمع الضمانات ص ١٧٨ والدر المختار ٥/ ٣٨٠، ٣٨١

(٢) جواهر الإكليل ٢/١٤٨، والدسوقى ٣/٤٤٤ والقوانين الفقهية ص٢٢٤.

يضر المارة فهو مضمون وإن أذن فيه الإمام، إذ ليس له الإذن فيما يضر، ولو حفر فى طريق لا يضر المارة وأذن فيه الإمام فلا ضمان، سواء حفر لمصلحة نفسه أو لمصلحة المسلمين، وإن لم يأذن فإن حفر لمصلحته فقط فالضمان فيه، أو لمصلحة عامة فلا ضمان فى الأظهر لجوازه، ومقابل الأظهر: فيه الضمان، لأن الجواز مشروط بسلامة العاقبة [١].

وفصل الحنابلة ناظرين إلى الطريق :-

فإن كان الطريق ضيقا، فعليه ضمان من هلك به، لأنه متعد، سواء أذن الإمام أو لم يأذن، فإنه ليس للإمام الإذن فيما يضر بالمسلمين، ولو فعل ذلك الإمام، يضمن ما تلف به، التعدية .

وإن كان الطريق واسعا، فحفر فى مكان يضر بالمسلمين، فعليه الضمان كذلك .

وإن حفر فى مكان لا ضرر فيه، نظرنا : فإن حفر لنفسه، ضمن ما تلف بها، سواء حفرها بإذن الإمام، أو بغير إذنه وإن حفرها لنفع المسلمين - كما لو حفرها لينزل فيها ماء المطر، أو لتشرب منه المارة - فلا يضمن، إذا كان بإذن الإمام، وإن كان بغير إذنه، ففيه روايتان :

إحداهما : أنه لا يضمن .

والأخرى : أنه يضمن، لأنه افتات على الإمام [١] .

الضمان فى الزكاة :

فى ضمان زكاة المال، إذا هلك النصاب حالتان :

الحالة الأولى :

١٢٦ - لو هلك المال بعد تمام الحول، والتمكن من الأداء : فذهب الجمهور، أن الزكاة تضمن بالتأخير، وعليه الفتوى عند الحنفية [٢] .

وذهب بعض الحنفية كأبى بكر الرازى، إلى عدم الضمان فى هذه الحال، لأن وجوب الزكاة على التراخى، وذلك لإطلاق الأمر بالزكاة، ومطلق الأمر لا يقتضى الفور، فيجوز للمكلف تأخيره، كما يقول الكمال [٣] .

الحالة الثانية :

١٢٧ - لو أتلف المالك المال بعد الحول، قبل التمكن من إخراج الزكاة، فإنها مضمونة عند

---

(١) شرح المنهج بحاشية الجمل ٥/٨٢ وما بعدها. وشرح المحلى على المنهاج بحاشية القليوبى ٤/١٤٧ و١٤٨ .

(١) المغنى بالشرح الكبير ٩/٥٦٦ و ٥٦٧ وانظر كشاف القناع ٦/٨و٦ .

(٢) الدر المختار بهامش رد المحتار عليه ٢/١٢ و ١٣ . والقوانين الفقهية ص ٦٨ وروضة الطالبين ٢/٢٢٣ وكشاف القناع ٢/١٨٢ وانظر المغنى مع الشرح الكبير ٢/٥٤٢ و ٥٤٣ .

(٣) فتح القدير ٢/١١٤ . ٢٥ .

الجمهور أيضا، وهو الذى أطلقه النووى [١]، وأحد قولين عند الحنفية [٢]، لأنها كما قال البهوتى استقرت بمضى الحول [٣]، وعلله الحنفية بوجود التعدى منه.

والقول الآخر عند الحنفية: أنه لا يضمن [٢].

١٢٨ - لو دفع المزكّى زكاته بتحرّ، إلى من ظن أنه مصرفها، فبان غير ذلك ففى الإجزاء أو عدمه أى الضمان خلاف ينظر فى (زكاة).

الضمان فى الحج عن الغير:

١٢٩ - ذهب جمهور الفقهاء، إلى جواز الاستئجار على الحج [٥]، وفى تضمين من يحج عن غيره التفصيل التالى:

أ - إذا أفسد الحاج عن غيره حجه متعمدا، بأن بدا له فرجع من بعض الطريق أو جامع قبل الوقوف، فإنه يغرم ما أنفق على نفسه من المال، لإفساده الحج، ويعيده من مال نفسه عند الحنفية [٦].

(١) روضة الطالبين ٢/٢٢٣.
(٢) رد المحتار ٢/٢١.
(٣) كشاف القناع ٢/١٨٢.
(٤) الدر المختار ورد المحتار ٢/٢١ وانظر بدائع الصنائع ٢/٦٣ ومجمع الضمانات ص ٧.
(٥) القوانين الفقهية ص ٨٧ وحاشية الجمل على شرح المنهج ٢/٣٨٨ والمغنى ٣/١٨٠.
(٦) الدر المختار ٢/٢٤٧ ومجمع الضمانات ص ٨.

وقال النووى: إذا جامع الأجير فسد حجه، وانقلب له، فتلزمه الكفارة، والمضى فى فاسده، هذا هو المشهور.

وصرح الجمل بأنه لاشىء له على المستأجر، لأنه لم ينتفع بما فعله، وأنه مقصر.

وقال المقدسى: ويرد ما أخذ من المال، لأن الحجة لم تجزئ عن المستنيب، لتفريطه وجنابته [١].

ب - إذا أحصر الحاج عن غيره، فله التحلل [٢]، وفى دم الإحصار خلاف:

فعند أبى حنيفة ومحمد، وهو أحد وجهين عند الشافعية ورواية عند الحنابلة: أنه على الآمر، لأنه للتخلص من مشقة السفر، فهو كنفقة الرجوع ولوقوع النسك له، مع عدم إساءة الأجير [٣].

وعند أبى يوسف، وهو الوجه الثانى عند الشافعية ورواية عند الحنابلة أنه فى ضمان الأجير، كما لو أفسده [٤].

ج - إذا فاته الحج، بغير تقصير منه بنوم،

(١) روضة الطالبين ٣/٢٩ وحاشية الجمل على شرح المنهج ٢/٣٩٥ والمغنى - بالشرح الكبير - ٣/١٨٢ و ١٨٣ وكشاف القناع ٢/٣٩٨.
(٢) روضة الطالبين ٣/٣٢.
(٣) الدر المختار ورد المحتار ٢/٢٤٦ وحاشية الجمل ٣/٣٩٥ والمغنى ٣/١٨٢.
(٤) روضة الطالبين ٣/٣٢ والمغنى ٣/١٨٢ وانظر رد المحتار ٢/٢٤٦.

أو تأخر عن القافلة، أو غيرهما، من غير إحصار، بل بآفة سماوية ـ لايضمن عند الحنفية النفقة، لأنه فاته بغير صنعه، وعليه الحج من قابل، لأن الحجة وجبت عليه بالشروع، فلزمه قضاؤها [١].

قال النووى : ولا شىء للأجير فى المذهب [٢].

دم القِرَان والتمتع :

١٣٠ ـ اختلف الفقهاء فيمن يجب عليه دم القران والتمتع فى الحج عن الغير :

قال الحنفية : دم القِرَان والتمتع على الحاج ـ أى المأمور بالحج عن غيره ـ إن أذن له الآمر بالقران والتمتع، وإلا فيصير مخالفا، فيضمن النفقة [٣].

وللشافعية تفصيل وتفرقة بين ما إذا كانت الإجارة على الذمة أو العين، وكان قد أمره بالحج، فقرن أو تمتع [٤].

وقال الحنابلة : دم التمتع والقران على المستنيب، إن أذن له فيهما، وإن لم يؤذن فعليه [٥] (ر : قران وتمتع).

(١) الدر المختار ورد المحتار ٢/٢٤٦ وروضة الطالبين ٣/٣٢.
(٢) روضة الطالبين ٣/٣٢.
(٣) الدر المختار ٢/٢٤٧.
(٤) روضة الطالبين ٣/٢٨.
(٥) المغنى مع الشرح الكبير ٣/١٨٢. والإنصاف ٣/٤٢٠ وكشاف القناع ٢/٣٩٨.

١٣١ ـ أما ما يلزم من الدماء بفعل المحظورات فعلى الحاج وهو المأمور لأنه لم يؤذن له فى الجناية، فكان موجبها عليه، كما لو لم يكن نائبًا [١].

وكل ما لزمه بمخالفته، فضمانه منه كما يقول البهوتى [٢].

الضمان فى الأضحية :

١٣٢ ـ لو مضت أيام الأضحية، ولم يذبح أو ذبح شخص أضحية غيره بغير إذنه، ففى ذلك تفصيل ينظر فى (أضحية).

ضمان صيد الحرم :

١٣٣ ـ نهى الشارع عن صيد المحرم، بحج أو عمرة، حيوانا بريا، إذا كان مأكول اللحم ـ عند الجمهور ـ من طير أو دابة، سواء أصيد من حرم أم من غيره، وذلك بقوله تعالى : ﴿وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً﴾ [٣].

وأطلق المالكية عدم جواز قتل شىء من صيد البر، ما أكل لحمه وما لم يؤكل، لكنهم أجازوا ـ كالجمهور ـ قتل الحيوانات المضرة : كالأسد، والذئب، والحية، والفأرة،

(١) الدر المختار ٢/٢٤٧ وروضة الطالبين ٣/٢٩ والمغنى مع الشرح الكبير ٣/١٨٢.
(٢) كشاف القناع ٢/٣٩٨.
(٣) سورة المائدة ٩٦.

والعقرب، والكلب العقور [١]، بل استحب الحنابلة قتلها [٢]، ولا يقتل ضب ولا خنزير ولا قرد، إلا أن يخاف من عاديته [٣].

وأوجب الشارع فى الصيد المنهى عنه بالحرم وبالنسبة للمحرم ضمان مثل الحيوان المصيد من الأنعام، فيذبحه فى الحرم ويتصدق به، أو ضمان قيمته من الطعام - إن لم يكن له مثل - فيتصدق بالقيمة [٤]، أو صيام يوم عن طعام كل مسكين، وهو المد عند الشافعية، ونصف الصاع من البر، أو الصاع من الشعير عند الحنفية [٥].

وهذا التخيير فى الجزاء، لقوله تعالى: ﴿فجزاءٌ مثلُ ما قتل من النعم ...﴾ الآية [٦].

ضمان الطبيب ونحوه :

١٣٤ - مثل الطبيب: الحجام، والختان، والبيطار، وفى ضمانهم خلاف :

يقول الحنفية: فى الطبيب إذا أجرى جراحة لشخص فمات، إذا كان الشق بإذن، وكان معتادا، ولم يكن فاحشًا خارج الرسم، لا يضمن. وقالوا: لو قال الطبيب: أنا ضامن إن مات لا يضمن ديته لأن اشتراط الضمان على الأمين باطل، أو لأن هذا الشرط غير مقدور عليه، كما هو شرط المكفول به [١].

وقال ابن نجيم: قطع الحجام لحما من عينه، وكان غير حاذق، فعميت، فعليه نصف الدية [٢].

وقال المالكية: فى الطبيب والبيطار والحجام، يختن الصبى، ويقلع الضرس، فيموت صاحبه لاضمان على هؤلاء، لأنه مما فيه التعزير، وهذا إذا لم يخطىء فى فعله؛ فإن أخطأ فالدية على عا قلته.

وينظر: فإن كان عارفاً فلا يعاقب على خطئه، وإن كان غير عارف، وغر من نفسه، فيؤدب بالضرب والسجن [٣]، وقالوا: الطبيب إذا جهل أو قصر ضمن، والضمان على العاقلة، وكذا إذا داوى بلا إذن، أو بلا إذن معتبر، كالصبى [٤].

---

(١) القوانين الفقهية ص ٩٢ وجواهر الإكليل ١/١٩٤ وكشاف القناع ٢/٤٣٨و٤٣٩.
(٢) كشاف القناع ٢/٤٣٩.
(٣) القوانين الفقهية ص ٩٢.
(٤) الدر المختار ٢/٢١٥ وجواهر الإكليل ١/١٩٨و ١٩٩ والقوانين الفقهية ص ٩٣. وشرح المحلى على المنهاج بحاشية القليوبى عليه ٢/١٤٤.
(٥) الدر المختار ٢/٢١٥.
(٦) سورة المائدة ٩٥.

(١) الدر المختار ورد المحتار عليه ٥/٣٦٤.
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٩٠ وراجع مسائل نحو هذا فى الفتاوى الخيرية للعليمى ٢/١٧٦ والعقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/٢٣٥ (ط. بولاق: ١٢٧٠ هـ).
(٣) القوانين الفقهية ص ٢٢١ وانظر جواهر الإكليل ٢/٢٩٦.
(٤) الشرح الكبير للدردير بحاشية الدسوقى عليه ٤/٣٥٥.

وقال الشافعي : في الحجام والختان ونحوهما : إن كان فعل ما يفعله مثله، مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة، فلا ضمان عليه، وله أجره . . وإن كان فعل ما لا يفعله مثله، كان ضامنا، ولا أجر له في الأصح [١] .

وللشافعية في الختان تفصيل بين الولي وغيره : فمن ختنه في سن لا يحتمله، لزمه القصاص، إلا الوالد ، وإن احتمله، وختنه وليّ ختانٍ، فلا ضمان عليه في الأصح [٢] .

ضمان المعزر :

١٣٥ - قال الحنفية : من عزره الإمام فهلك، فدمه هدر، وذلك لأن الإمام مأمور بالتعزير، وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة في التعزير الواجب [٣]، وقيده جمهور المالكية بأن يظن الإمام سلامته، وإلا ضمن [٤]، وكذلك الشافعية يرون التعزير مقيدًا بسلامة العاقبة [٥] .

ومعنى هذا : أن التعزير إذا أفضى إلى

(١) الأم - بتصرف - ١٦٦/٦ (ط. بولاق: ١٣٢١هـ).

(٢) شرح المحلي بحاشية القليوبي عليه ٢١١/٤ وقارن بالمغني بالشرح الكبير ٣٤٩/١٠و٣٥٠.

(٣) الدر المختار ورد المحتار ١٨٩/٣ .

(٤) جواهر الإكليل ٢٩٦/٢ والشرح الكبير للدردير بحاشية الدسوقي عليه ٣٥٥/٤ ومنح الجليل ٥٥٦/٤، ٥٥٧.

(٥) شرح المحلي على المنهاج بحاشية القليوبي عليه ٢٠٩/٤ .

التلف لا يضمن عند الجمهور بشرط ظن سلامة العاقبة، لأنه مأذون فيه، فلا يضمن، كالحدود ، وهذا ما لم يسرف - كما نص عليه الحنابلة بأن يجاوز المعتاد، أو ما يحصل به المقصود، أو يضرب من لا عقل له من صبي أو مجنون أو معتوه، فإنه يضمن حينئذ، لأنه غير مأذون بذلك شرعا [١]

وللتفصيل يراجع مصطلح : (تعزير) .

ضمان المؤدب والمعلم :

١٣٦ - ذهب الفقهاء إلى منع التأديب والتعليم بقصد الإتلاف وترتب المسئولية على ذلك، واختلفوا في حكم الهلاك من التأديب المعتاد، وفي ضمانه تفصيل ينظر في مصطلحي : (تأديب ف ١١ ، وتعليم ف ١٤) .

ضمان قطاع الطريق :

١٣٧ - اختلف الفقهاء في تضمين قطاع الطريق ما أخذوه من الأموال أثناء الحرابة، وذلك بعد إقامة الحد عليهم فذهب جمهور الفقهاء إلى تضمينهم، وفي ذلك تفصيل ينظر في (حرابة فـ ٢٢) .

ضمان البغاة :

١٣٨ - لا خلاف في أن العادل إذا أصاب

(١) كشاف القناع ١٦/٦ وقارن بالمغني بالشرح الكبير ٣٤٩/١٠ .

من أهل البغى ، من دم أو جراحة ، أو مال استهلكه أنه لا ضمان عليه ، وذلك فى حال الحرب وحال الخروج ، لأنه ضرورة ، ولأنا مأمورون بقتالهم ، فلا نضمن ما تولد منه [١] .

أما إذا أصاب الباغى من أهل العدل شيئاً من نفس أو مال فمذهب الجمهور - وهو الراجح عند الشافعية - أنه موضوع ، ولا ضمان فيه .

وفى قول للشافعية : أنه مضمون ، يقول الرملى من الشافعية : لو أتلفوا علينا نفساً أو مالاً ضمنوه ، وعلق عليه الشبراملى بقوله : أى بغير القصاص [٢] ، وعلله الشربينى بأنهما فرقتان من المسلمين ، محقة ومبطلة ، فلا يستويان فى سقوط الغرم ، كقطاع الطريق ، لشبهة تأويلها [٣] .

واستدل الجمهور بما روى عن الزهرى ، أنه قال : وقعت الفتنة ، وأصحاب رسول الله ﷺ - متوافرون ، فاتفقوا على أن كل دم استحل بتأويل القرآن فهو موضوع ، وكل مال استحل بتأويل القرآن فهو موضوع [٤] .

قال الكاسانى : ومثله لا يكذب ، فوقع الإجماع من الصحابة - رضى الله عنهم - على ذلك ، وهو حجة قاطعة [١] .

ولأن الولاية من الجانبين منقطعة ، لوجود المنعة ، فلم يكن وجوب الضمان مفيدًا لتعذر الاستيفاء ، فلم يجب [٢] .

ولأن تضمينهم يفضى إلى تنفيرهم من الرجوع إلى الطاعة فسقط ، كأهل الحرب ، أو كأهل العدل .

هذا الحكم فى حال الحرب ، أما فى غير حال الحرب ، فمضمون [٣] .

ضمان السارق للمسروق :

١٣٩ - لا خلاف بين الفقهاء فى أن المسروق إن كان قائما فإنه يجب رده إلى من سرق منه .

فإن تلف ففى ضمانه تفصيل ينظر فى مصطلح (سرقة ف ٧٩ ، ٨٠ جـ ٢٤) .

ضمان إتلاف آلات اللهو :

١٤٠ - آلة اللهو : كالمزمار ، والدف ، والبريط ، والطبل ، والطنبور ، وفى ضمانها بعض الخلاف :

---

(١) البدائع ٧/١٤١ ومغنى المحتاج ٤/١٢٥ ونهاية المحتاج ٧/٤٠٧ وكشاف القناع ٦/١٦٥ .
(٢) نهاية المحتاج ٧/٤٠٨ .
(٣) مغنى المحتاج ٤/١٢٥ .
(٤) البدائع ٧/١٤١ ، وكشاف القناع ٦/١٦٥ فقد أورده بصيغة = أخرى ، وقال : ذكره أحمد فى رواية الأثرم ، واحتج به ، رواه الخلال .

(١) البدائع ٧/١٤١ .
(٢) نفس المرجع .
(٣) كشاف القناع ٥/١٦٥ .

فمـذهب الجمهـور، والصـاحبين من الحنفية، أنها لا تضمن بالإتـلاف وذلك : لأنها ليست محترمـة، لا يجوز بيعهـا ولا تملكهـا [١] ، ولأنها محرمـة الاستعـمال، ولا حرمة لصنعتها [٢] .

ومـذهب أبي حنيفـة أنه يضمن بكسرها قيمتهـا خشبًـا منحوتا صالحا لغير اللهو لا مثلها، ففي الدف يضمن قيمته دفا يوضع فيه القطن، وفي البربط يضمن قيمته قصعة ثـريد .

ويصـح بيعهـا، لأنها أمـوال متقـومـة، لصلاحيتها بالانتفاع بها في غير اللهو، فلم تناف الضمان، كالأمة المغنية [٣] ، بخلاف الخمـر فإنها حرام لعينهـا ، والفتوى على مذهب الصـاحبين، أنـه لا يضمنها، ولا يصح بيعها [٤] .

قالـوا : وأمـا طبـل الغـزاة والصيادين، والـدف الـذي يبـاح ضربـه في العـرس، فمضمون اتفاقا [٥]، كالأمة المغنية، والكبش النطوح، والحمامة الطيارة، والديك المقاتل، حيث تجب قيمتها غير صالحة لهذا الأمر [١] .

وذكر ابن عابدين، أن هذا الاختلاف بين أبي حنيفـة وبـين صاحبيه إنـما هو : في الضـمان، دون إباحة إتلاف المعازف، وفيما يصلح لعمـل آخـر، وإلا لم يضمن شيئـا اتفاقا، وفيما إذا فعل بغير إذن الإمام، وإلا لم يضمن اتفـاقا.وفي غير عود المغني وخابية الخمار، لأنه لو لم يكسرها لعاد لفعله القبيح، وفيما إذا كان لمسلم، فلو لذمي ضمن اتفاقا قيمتـه بالغا ما بلغ، وكذا لو كسر صليبه، لأنه مال متقوم في حقه [٢] .

ضمان ما يترتب على ترك الفعل :

١٤١ - لمال المسلم حرمـة كما لنفسـه، وقد اختلف الفقهاء في تضمين من يترك فعلا من شأنه إنقاذ مال المسلم من الضياع، أو نفسه من الهلاك .

ولتفصيل ذلـك ينـظر مصـطلح ترك (ف ١٢ - ١٤) .

ترك الشهادة والرجوع عنها :

١٤٢ - ذهـب الـفـقهـاء إلى أن من يترك

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٣٣٦ والمغني بالشرح الكبير ٥/٤٤٥و٤٤٦ .
(٢) شرح المحلي على المنهاج بحاشية القليوبي ٣/٣٣ .
(٣) الدر المختار ورد المحتار عليه ٥/١٣٤ .
(٤) الدر المختار ٥/١٣٥ .
(٥) نفس المرجـع .

(١) نفس المرجـع .
(٢) رد المحتار ٥/١٣٥ .

الشهادة بعد طلبها منه وعلمه أن تركها يؤدى إلى ضياع الحق الذى طلبت من أجله آثم، لقوله تعالى : ﴿ولا تكتموا الشهادة، ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ (١) .

ونص المالكية على أن من ترك الشهادة بعد طلبها منه وعلمه أن تركها يؤدى إلى ضياع الحق يضمن (٢) .

وفى الرجوع عن الشهادة بعد أدائها وضمان مايترتب على ذلك تفصيل ينظر فى مصطلح (رجوع ف ٣٦ ، ٣٧) .

قطع الوثائق :

١٤٣ ـ نص المالكية على أنه إذا قطع وثيقة، فضاع ما فيها من الحقوق، فهو ضامن، لتسببه فى الإتلاف وضياع الحق، سواء أفعل ذلك عمداً أم خطأ، لأن العمد أو الخطأ فى أموال الناس سواء ـ كما يقول الدسوقى ـ وكذا إذا أمسك الوثيقة بمال، أو عفو عن دم .

ولو قتل شاهدى الحق، أو قتل أحدهما وهو لا يثبت إلا بشهادتها، فالأظهر أنه يغرم جميع الحق، وجميع المال وفى قتله تردد (٣) .

(١) سورة البقرة ٢٨٣ .
(٢) جواهر الإكليل ١/٢١٥، وحاشية الدسوقى ٢/١١٢ .
(٣) القوانين الفقهية ص ٢١٨ والشرح الكبير للدردير بحاشية الدسوقى ٢/١١١ .

تضمين السعاة :

١٤٤ ـ إذا سعى لدى السلطان لدفع أذاه عنه، ولا يرتفع أذاه إلا بذلك، أو سعى بمن يباشر الفسق ولا يمتنع بنهيه فلا ضمان فى ذلك، عند الحنفية .

وإذا سعى لدى السلطان، وقال : إن فلانا وجد كنزا، فغرمه السلطان، فظهر كذبه، ضمن، إلا إن كان السلطان عدلا، أو قد يغرم أو لا يغرم، لكن الفتوى اليوم ـ كما نقل ابن عابدين عن المنح ـ بوجوب الضمان على الساعى مطلقا .

والسعاية الموجبة للضمان : أن يتكلم بكذب يكون سببا لأخذ المال من شخص، أو كان صادقًا لكن لا يكون قصده إقامة الحسبة كما لو قال : وجد مالا وقد وجد المال، فهذا يوجب الضمان، إذ الظاهر أن السلطان يأخذ منه المال بهذا السبب .

ولو كان السلطان يغرم البتة بمثل هذه السعاية، ضمن (١) .

وكذا يضمن لو سعى بغير حق ـ عند محمد ـ زجرًا للساعى، وبه يفتى ويعزر ولو مات الساعى فللمسعى به أن يأخذ قدر الخسران من تركته، وهو الصحيح (٢) ،

(١) رد المحتار ٥/١٣٥ وجامع الفصولين ٢/٧٩ .
(٢) الدر المختار ٥/١٣٥ .

وذلك دفعا للفساد وزجراً للساعى، وإن كان غير مباشر، فإن السعى سبب محض لإهلاك المال، والسلطان يغرمه اختيارا لا طبعا [١].

ونقل الرملى عن القنية: شكا عند الوالى بغير حق، فضرب المشكو عليه، فكسر سنه أو يده، يضمن الشاكى أرشه، كالمال [٢].

وتعرض المالكية لمسألة الشاكى للحاكم ممن ظلمه، كالغاصب وقالوا: إذا شكاه إلى حاكم ظالم، مع وجود حاكم منصف، فغرمه الحاكم زائدا عما يلزمه شرعا، بأن تجاوز الحد الشرعى، قالوا: يغرم.

وفى فتوى: أنه يضمن الشاكى جميع ما غرمه السلطان الظالم للمشكو.

وفى قول ثالث: أنه لا يضمن الشاكى شيئا مطلقا، وإن ظلم فى شكواه، وإن أثم وأدب [٣].

ونص الحنابلة على أنه لو غرم إنسان، بسبب كذب عليه عند ولى الأمر، فللغارم تغريم الكاذب عليه لتسببه فى ظلمه، وله الرجوع على الآخذ منه، لأنه المباشر [٤].

إلقاء المتاع من السفينة:

١٤٥ ـ قال الحنفية: إذا أشرفت سفينة على

(١) رد المحتار ٥/٣٦٠.
(٢) حاشية الرملى على جامع الفصولين ٢/٧٩.
(٣) جواهر الإكليل ٢/١٥٢.
(٤) كشاف القناع ٤/١١٦.

الغرق، فألقى بعضهم حنطة غيره فى البحر، حتى خفت السفينة، يضمن قيمتها فى تلك الحال، أى مشرفة على الغرق، ولا شىء على الغائب الذى له مال فيها، ولم يأذن بالإلقاء، فلو أذن بالإلقاء، بأن قال: إذا تحققت هذه الحال فألقوا، اعتبر إذنه [١].

وقالوا: إذا خشى على الأنفس، فاتفقوا على إلقاء الأمتعة فالغرم بعدد الرؤوس إذا قصد حفظ الأنفس خاصة ـ كما يقول ابن عابدين ـ لأنها لحفظ الأنفس، وهذا اختيار الحصكفى وهو أحد أقوال ثلاثة، ثانيها: أنه على الأملاك مطلقا، ثالثها عكسه [٢].

ولو خشى على الأمتعة فقط ـ بأن كانت فى موضع لا تغرق فيه الأنفس ـ فهى على قدر الأموال، وإذا خشى عليهما، فهى على قدرهما، فمن كان غائبا، وأذن بالإلقاء، اعتبر ماله، لا نفسه.

ومن كان حاضرا بماله اعتبر ماله ونفسه فقط.

ومن كان بنفسه فقط اعتبر نفسه [٣].

وقال المالكية: إذا خيف على السفينة الغرق، جاز طرح ما فيها من المتاع، أذن أربابه أو لم يأذنوا، إذا رجى بذلك نجاته،

(١) رد المحتار ٥/١٧٢.
(٢) رد المحتار فى الموضع نفسه.
(٣) نفس المرجع.

وكـان المطروح بينهم على قدر أموالهم، ولا غرم على من طرحه [١].

وقال الشافعية : إذا أشرفت سفينة فيها متـاع وركـاب على غرق، وخيف هلاك الركاب، جاز إلقاء بعض المتاع فى البحر، لسلامة البعض الآخر : أى لرجائها، وقال البلقينى : بشرط إذن المالك [٢].

وقال النووى : ويجب لرجاء نجاة الراكب [٣].

وقالوا - أيضا - ويجب إلقاؤه - وإن لم يأذن مالكه - إذا خيف الهلاك لسلامة حيوان محترم، بخلاف غير المحترم، كحربى ومرتد. ويجب إلقاء حيوان، ولو محترما، لسلامة آدمى محترم، إن لم يمكن دفع الغرق بغير إلقائه.

وقال الأذرعى : ينبغى أن يراعى فى الإلقاء تقديم الأخس فالأخس قيمة من المتاع إن أمكن، حفظا للمال ما أمكن، قالوا : وهذا إذا كان الملقى غير المالك [٤].

وقالوا : يجب إلقاء ما لا روح فيه لتخليص ذى روح، وإلقاء الدواب لإبقاء الآدميين. وإذا اندفع الغرق بطرح بعض المتاع اقتصر عليه [١].

قال النووى فى منهاجه : فإن طرح مال غيره بلا إذن ضمنه، وإلا فلا [٢]، كأكل المضطر طعام غيره بغير إذنه [٣].

قالوا : ولو قال : ألق متاعك وعلىّ ضمانه، أو على أنى ضامن ضمن، ولو اقتصر على : ألق، فلا، على المذهب [٤] - لعدم الالتزام -.

والحنابلة قالوا بهذه الفروع :

أ - إذا ألقى بعض الركبان متاعه، لتخف السفينة وتسلم من الغرق، لم يضمنه أحد، لأنه أتلف متاع نفسه باختياره، لصلاحه وصلاح غيره.

ب - وإن ألقى متاع غيره بغير أمره، ضمنه وحده.

ج - وإن قال لغيره : ألق متاعك فقبل منه، لم يضمنه له، لأنه لم يلتزم ضمانه.

د - وإن قال : ألق وأنا ضامن له، أو : وعلىّ قيمته، لزمه ضمانه، لأنه أتلف ماله بعوض لمصلحته، فوجب له العوض على ما التزمه . . .

---

(١) القوانين الفقهية ص ٢١٨.
(٢) حاشية الجمل على شرح المنهج ٥/ ٩٠.
(٣) منهاج الطالبين، مع مغنى المحتاج ٤/ ٩٢ (ط. دار الفكر فى بيروت).
(٤) حاشية الجمل ٥/ ٩٠.

---

(١) شرح المنهج بحاشية الجمل ٥/ ٩٠.
(٢) منهاج الطالبين مع مغنى المحتاج ٤/ ٩٣.
(٣) شرح المنهج بحاشية الجمل ٥/ ٩٠.
(٤) المنهاج مع مغنى المحتاج ٤/ ٩٣.

هـ ـ وإن قال : ألقه وعلّ وعلى ركبان السفينة ضمانه، فألقاه، ففيه وجهان :

أحدهما : يلزمه ضمانه وحده، لأنه التزم ضمانه جميعه، فلزمه ما التزمه ، وقال القاضي : إن كان ضمان اشتراك، مثل أن يقول : نحن نضمن لك أو على كل واحد مناضمان قسطه لم يلزمه إلا ما يخصه من الضمان لأنه لم يضمن إلا حصته، وإنما أخبر عن الباقين بالضمان، فسكتوا وسكوتهم ليس بضمان .

وإن التزم ضمان الجميع، وأخبر عن كل واحد منهم بمثل ذلك، لزمه ضمان الكل [١] .

منع المالك عن ملكه حتى يهلك :

١٤٦ ـ مذهب الحنفية والشافعية، فى مسألة منع المالك عن ملكه حتى يهلك، وإزالة يده عنه، هو عدم الضمان .

قال الحنفية : لو منع المالك عن أمواله حتى هلكت، يأثم، ولا يضمن .

نقل هذا ابن عابدين [٢] عن ابن نجيم فى البحر، وعلله بأن الهلاك لم يحصل بنفس فعله، كما لو فتح القفص فطار العصفور، فإنه لا يضمن، لأن الطيران بفعل العصفور، لا بنفس فتح الباب .

والمنصوص فى مسألة فتح القفص، أنه قول أبى حنيفة، وفى قول محمد يضمن، وبه كان يفتى أبو القاسم الصفار .

واستدل بهذه المسألة صاحب البحر، على أنه لا يلزم من الإثم الضمان [١] .

وقال الشافعية : إن حبس المالك عن الماشية لاضمان فيه [٢] ، وكذا لو منع مالك زرع أو دابة من السقى ، فهلك لا ضمان فى ذلك [٣] .

ويبدو أن مذهب المالكية فى مسألة منع المالك، هو الضمان، للتسبب فى الإتلاف [٤] .

وهو أيضا مذهب الحنابلة، إذ عللوا الضمان بأنه لتسببه بتعديه [٥] .

ومن فروعهم فى ذلك : أنه لو أزال يد إنسان عن حيوان فهرب يضمنه، لتسببه فى فواته، أو أزال يده الحافظة لمتاعه حتى نهبه الناس، أو أفسدته النار، أو الماء، يضمنه .

وقالوا : لرب المال تضمين فاتح الباب

---

(١) المغنى بالشرح الكبير ٣٦٣/١٠ .
(٢) رد المحتار ٣١٩/٣ .

(١) جامع الفصولين ٨٤/٢ ورد المحتار ٣١٩/٣ .
(٢) الوجيز ٢٠٦/١ .
(٣) حاشية القليوبى على شرح المحلى ٢٦/٣ .
(٤) القوانين الفقهية ص ٢١٨ وجواهر الإكليل ١ ؛ ٢١٥ .
(٥) كشاف القناع ١١٦/٤و١١٧ .

لتسببه فى الإضاعة ، والقرار على الآخذ لمباشرته .

فإن ضمن رب المال الآخذ لم يرجع على أحد، وإن ضمن الفاتح رجع على الآخذ [١] .

تضمين المجتهد والمفتى :

١٤٧ ـ قال المالكية : لا شىء على مجتهد أتلف شيئًا بفتواه .

أما غير المجتهد، فيضمن إن نصبه السلطان أو نائبه للفتوى، لأنها كوظيفة عمل قصر فيها .

وإن لم يكن منتصبا للفتوى، وهو مقلد، ففى ضمانه قولان، مبنيان على الخلاف فى الغرور القولى :

هل يوجب الضمان، أولا ؟ والمشهور عدم الضمان .

والظاهر ـ كما نقل الدسوقى ـ أنه إن قصر فى مراجعة النقول، ضمن، وإلا فلا، ولو صادف خطؤه، لأنه فعل مقدوره، ولأن المشهور عدم الضمان بالغرور القولى [٢] .

ونص السيوطى على أنه: لو أفتى المفتى

(١) نفس المرجع ٤/١١٧و١١٨ وانظر الروض المربع ٢/٢٥٢ .

(٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٣/٤٤٤ .

إنسانا بإتلاف، ثم تبين خطؤه كان الضمان على المفتى [١] .

تفويت منافع الإنسان وتعطيلها :

١٤٨ ـ تعطيل المنفعة : إمساكها بدون استعمال، أما استيفاؤها فيكون باستعمالها، [٢] والتفويت تعطيل،ويفرق جمهور الفقهاء بين استيفاء منافع الإنسان، وبين تفويتها، بوجه عام فى تفصيل :

فنص المالكية على أن تعطيل منافع الإنسان وتفويتها، لا ضمان فيه، كما لو حبس امرأة حتى منعها من التزوج، أو الحمل من زوجها، أو حبس الحر حتى فاته عمل من تجارة ونحوها، لا شىء عليه .

أما لو استوفى المنفعة، كما لو وطىء البضع أو استخدم الحرفإنه يضمن ذلك، فعليه فى وطء الحرة صداق مثلها، ولو كانت ثيبًا، وعليه فى وطء الأمة مانقصها [٣] ،ونص الشافعية على أن منفعة البضع لا تضمن إلا بالتفويت بالوطء، وتضمن بمهر المثل، ولا تضمن بفوات، لأن اليد لا تثبت عليها، إذ

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ١٤٥ (ط. مصطفى محمد. القاهرة: ١٣٥٩هـ).

(٢) رد المحتار ٥/١٣٥ نقلا عن الدرر.

(٣) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى عليه، بتصرف ٣/٤٥٤ .

اليد فى بضع المرأة لها، وكذا منفعة بدن الحر لا تضمن إلا بتفويت فى الأصح، كأن قهره على عمل . وفى قول ثان لهم : تضمن بالفوات أيضا، لأنها لتقويها فى عقد الإجارة الفاسدة تشبه منفعة المال .

ودليل القول الأول : أن الحر لا يدخل تحت اليد، فمنفعته تفوت تحت يده [1] .

ونص الحنابلة على أن الحر لا يضمن بالغصب، ويضمن بالإتلاف ، فلو أخذ حرا فحبسه ، فمات عنده لم يضمنه، لأنه ليس بمال .

وإن استعمله مكرها، لزمه أجر مثله، لأنه استوفى منافعه ، وهى متقومة، فلزمه ضمانها، ولو حبسه مدة لمثلها أجر، ففيه وجهان :

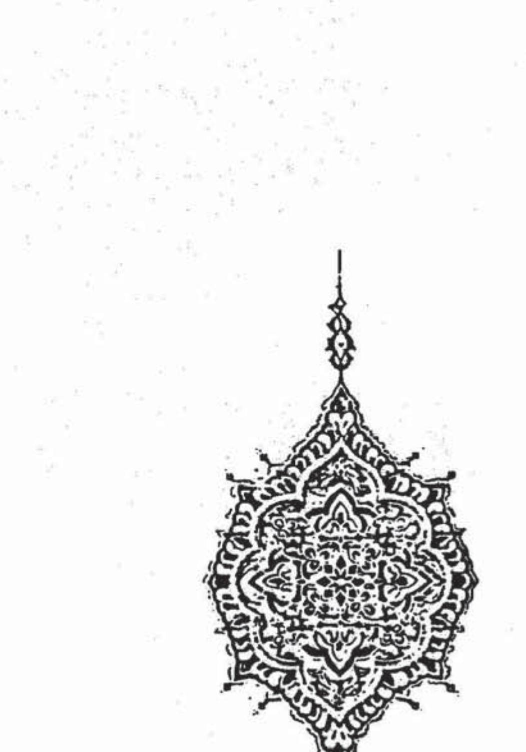
أحدهما : أنه يلزمه أجر تلك المدة، لأنه فوت منفعته، وهى مال فيجوز أخذ العوض عنها .

والثانى : لايلزمه لأنها تابعة لما لايصح غصبه .

ولو منعه العمل من غير حبس، لم يضمن منافعه وجها واحدا [2] .

(١) شرح المحلى على المنهاج بحاشية القليوبى عليه ٣/٣٣و٣٤ .
(٢) المغنى بالشرح الكبير ٥/٤٤٨ .

أما الحنفية فلا يقولون بالضمان بتفويت منافع الإنسان، لأنه لا يدخل تحت اليد، فليس بمال، فلا تضمن منافع بدنه [1] .



(١) انظر الدر المختار ٥/١٣١ و ١٣٢ ومجمع الضمانات ص ١٢٦ وجامع الفصولين ٢/٩٢ .

ضَمَان الدَّرَك

التعريف :

١ - الدرك : بفتحتين، وسكون الراء لغة، اسم من أدركت الرجل أى لحقته، وقد جاء عن النبى ﷺ «أنه كان يتعوذ من جَهْد البلاء ودرك الشقاء» [١] أى من لحاق الشقاء .

قال الجوهرى : الدرك التبعة، قال أبو سعيد المتولى : سمى ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله [٢]

ويستعمل الفقهاء كذلك هذا اللفظ بمعنى التبعة أى المطالبة والمؤاخذة [٣] .

فقد عرف الحنفية ضمان الدرك : بأنه التزام تسليم الثمن عند استحقاق المبيع [٤] .

وعرفه الشافعية بأنه : هو أن يضمن شخص لأحد العاقدين ما بذله للآخر إن خرج مقابله مستحقا أو معيبا أو ناقصا لنقص الصنجة، سواء أكان الثمن معينا أم فى الذمة [١] .

ولا يخرج تعريف الفقهاء الآخرين لضمان الدرك عما قاله الحنفية والشافعية فى تعريفه [٢] . ويعبر عنه الحنابلة بضمان العهدة، كما يعبر عنه الحنفية فى الغالب بالكفالة بالدرك [٣] .

الألفاظ ذات الصلة :

أ - العهدة :

٢ - العهدة : هى ضمان الثمن للمشترى إن استحق المبيع أو وجد فيه عيب [٤] .

والعهدة أعم من الدرك، لأن العهدة قد تطلق على الصك القديم، وقد تطلق على العقد وعلى حقوقه، وعلى الدرك وعلى الخيار، بخلاف الدرك فإنه يستعمل فى ضمان الاستحقاق عرفا [٥] .

---

(١) حديث : «أنه ﷺ كان يتعوذ من جهد البلاء . . .» أخرجه البخارى (١١/١٤٨) من حديث أبى هريرة .

(٢) المصباح المنير مادة (درك) وتهذيب الأسماء واللغات ٣/١٠٤ نشر دار الكتب العلمية، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٦٢٤

(٣) العناية بهامش فتح القدير ٥/٤٠٣ (ط . الأميرية)، ومغنى المحتاج ٢/٢٠١ (نشر دار إحياء التراث العربى)، والشرقاوى على التحرير ٢/١٢١

(٤) الاختيار ٢/١٧٢، ١٧٣، وبدائع الصنائع ٦/٩، ابن عابدين ٤/٢٦٤ والبناية ٦/٧٤٤، وفتح القدير ٥/٤٠٣

---

(١) الشرقاوى على التحرير ٢/١٢١

(٢) كشاف القناع ٣/٣٦٩، والمغنى ٤/٥٩٦، منح الجليل ٣/٢٤٩

(٣) كشاف القناع ٣/٣٦٩، والمغنى ٤/٥٩٦، والبناية ٦/٧٤٤، وفتح القدير ٥/٤٠٣، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٦٢٤

(٤) التعريفات للجرجانى .

(٥) البناية ٦/٧٩١، ٧٩٢، وفتح القدير ٥/٤٣٥

الحكم الإجمالي:

٣ - ضمان الدرك جائز عند جمهور الفقهاء، ومنع بعض الشافعية ضمان الدرك لكونه ضمان مالم يجب [١].

ألفاظ ضمان الدرك:

٤ - من ألفاظ هذا الضمان عند جمهور الفقهاء أن يقول الضامن: ضمنت عهدته أو ثمنه أو دركه، أو يقول للمشترى: ضمنت خلاصك منه [٢].

قال ابن قدامة: إن العهدة صارت فى العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن، والكلام المطلق يحمل على الأسماء العرفية دون اللغوية [٣].

ويرى الحنفية أن ضمان العهدة باطل لاشتباه المراد بها، لإطلاقها على الصك وعلى العقد، وعلى حقوقه وعلى الدرك، فبطل للجهالة، بخلاف ضمان الدرك [٤]، قال ابن نجيم: ولا يقال ينبغى أن يصرف إلى ما يجوز

(١) البناية ٧٤٤/٦، وفتح القدير٥/٤٠٣، ومجمع الضمانات ص ٢٧٥، والاختيار ١٧٢/٢، والمغنى ٥٩٦/٤د، ومنح الجليل ٢٤٩/٣، ومغنى المحتاج ٢٠١/٢، وروضة الطالبين ٢٤٦/٤

(٢) المغنى ٥٩٧/٤، وروضة الطالبين ٢٤٧/٤

(٣) المغنى ٥٩٦/٤

(٤) مجمع الأنهر ١٣٥/٢، وابن عابدين ٢٧١/٤، والبناية ٧٩١/٦، والبحر الرائق ٢٥٤/٦

الضمان به وهو الدرك تصحيحا لتصرف الضامن لأنا نقول: فراغ الذمة أصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال [١].

كما أن ضمان الخلاص باطل عند أبي حنيفة، لأنه يفسره بتخليص المبيع لا محالة ولا قدرة للضامن عليه، لأن المستحق لا يمكنه منه، ولو ضمن تخليص المبيع أو ردالثمن جاز، لإمكان الوفاء به وهو تسليمه إن أجاز المستحق، أو رده إن لم يجز، فالخلاف راجع الى التفسير [٢].

ويرى الجمهور ومنهم أبو يوسف ومحمد أن ضمان الخلاص بمنزلة ضمان الدرك، وفسروا ضمان الخلاص بتخليص المبيع إن قدر عليه ورد الثمن إن لم يقدر عليه وهو ضمان الدرك فى المعنى، فالخلاف لفظى فقط [٣].

أما ضمان خلاص المبيع بمعنى أن يشترط المشترى أن المبيع إن استحق من يده يخلصه ويسلمه بأى طريق يقدر عليه فهذا باطل، لأنه شرط لا يقدر على الوفاء به إذ المستحق ربما لا يساعده عليه [٤].

(١) البحر الرائق ٢٥٤/٦

(٢) مجمع الأنهر ١٣٥/٢، والبحر الرائق ٢٥٤/٦، وابن عابدين ٢٧١/٤، والبناية ٧٩٢/٤

(٣) البحر الرائق ٢٥٤/٦، ومجمع الأنهر ١٣٥/٢، والبناية ٧٩٢/٦، وروضة الطالبين ٢٤٧/٤

(٤) البناية ٧٩٢/٦، وروضة الطالبين ٢٤٧/٤، والمغنى ٥٩٧/٤

متعلق ضمان الدرك :

٥ ـ يقول الشافعية : إن متعلق ضمان الدرك هو عين الثمن أو المبيع إن بقى وسهل رده ، وبدله أى قيمته إن عسر رده ، ومثل المثلى وقيمة المتقوم إن تلف، وتعلقه بالبدل أظهر [١] .

ويرى الحنابلة أن متعلق ضمان الدرك (ضمان العهدة) هو الثمن أو جزء منه ، سواء كان الضمان عن البائع للمشترى أو عن المشترى للبائع ، حيث يقولون : ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشترى وعن المشترى للبائع ، فضمانه عن المشترى : هو أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه ، وإن ظهر فيه عيب أو استحق رجع بذلك على الضامن ، وضمانه عن البائع للمشترى : هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقا أو رد بعيب أو أرش العيب ، فضمان العهدة فى الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه [٢] .

ويؤخذ من عبارات فقهاء الحنفية والمالكية أن متعلق ضمان الدرك عندهم هو الثمن أيضا [٣] ، إلا أنه يختلف مذهب الحنابلة عن مذهب الحنفية والمالكية فى أن الحنابلة يعتبرون ضمان الثمن الواجب تسليمه عن المشترى للبائع من قبيل ضمان الدرك (ضمان العهدة) فى حين يختص ضمان الدرك عند الحنفية والمالكية بالكفالة بأداء ثمن المبيع إلى المشترى وتسليمه إليه إن استحق المبيع وضبط من يده [١] ، أما ضمان الثمن الواجب تسليمه عن المشترى للبائع فهو يتحقق ضمن الكفالة بالمال بشروطها .

(١) حاشية الجمل ٣/٣٧٩

(٢) المغنى لابن قدامة ٤/٥٩٦

(٣) البناية ٦/٧٤٤، ومنح الجليل ٣/٢٤٩

شروط صحة ضمان الدرك :

٦ ـ من شروط صحة ضمان الدرك أن يكون المضمون دينا صحيحا ، والدين الصحيح : هو مالا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ، فلا يصح بغيره كبدل الكتابة فإنه يسقط بالتعجيز [٢] .

ويشترط الشافعية لصحة ضمان الدرك قبض الثمن ، فلا يصح ضمان الدرك عندهم قبل قبض الثمن ، لأن الضامن إنما يضمن ما دخل فى يد البائع ، ولايدخل الثمن فى ضمانه إلا بقبضه [٣] .

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٦٢٤، ومنح الجليل ٣/٢٤٩ ، والمغنى ٤/٥٩٦ ، وكشاف القناع ٣/٣٦٩

(٢) البناية ٦/٧٤٥ والأشباه والنظائر مع شرحه غمز عيون الأبصار ١/٣٣٦، وابن عابدين ٤/٢٦٣ ، وانظر مغنى المحتاج ٢/٢٠١، ٢٠٢ ، ومنح الجليل ٣/٢٤٩

(٣) مغنى المحتاج ٢/٢٠١ ، وحاشية الجمل ٣/٣٧٩، ٣٨٠، والمغنى ٤/٥٩٦

حكم ضمان الدرك فى حالتى الإطلاق والتقييد:

٧ ـ إذا أطلق ضمان الدرك أو العهدة اختص بما إذا خرج الثمن المعين مستحقا إذ هو المتبادر،لا ما خرج فاسدا بغير الاستحقاق، فلو انفسخ البيع بما سوى الاستحقاق مثل الرد بالعيب أو بخيار الشرط أو بخيار الرؤية لا يؤاخذ به الضامن،لأن ذلك ليس من الدرك [١].

أما إذا قيده بغير استحقاق المبيع كخوف المشترى فساد البيع بدعوى البائع صغرا أو إكراها،أوخاف أحدهما كون العوض معيبا، أو شك المشترى فى كمال الصنجة التى تسلم بهاالمبيع،أوشك البائع فى جودة جنس الثمن فضمن الضامن ذلك صريحا صح ضمانه كضمان العهدة [٢].

وتجدر الإشارة إلى أن الكفيل بالدرك يضمن المكفول به فقط،ولايضمن مع المكفول به ضرر التغرير لأنه ليس للكفيل كفالة بذلك [٣].

مايترتب على ضمان الدرك:

أ ـ حق المشترى فى الرجوع بالثمن:

٨ ـ يترتب على ضمان الدرك حق المشترى فى الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع، ويحق له مطالبة الضامن والأصيل به [١]. إلا أن الفقهاء اختلفوا فى وقت مطالبة الضامن بالثمن:

ذهب الجمهور ومنهم أبو يوسف من الحنفية إلى أن مجرد القضاء بالاستحقاق يكفي لمؤاخذة ضامن الدرك والرجوع بالثمن عليه .

وذهب الحنفية إلى أنه لايؤاخذ ضامن الدرك إن استحق المبيع مالم يقض بالثمن على البائع، لأن البيع لاينتقض بمجرد الاستحقاق، ولهذا لو أجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز ولو بعد قبضه وهو الصحيح، فما لم يقض بالثمن على البائع لا يجب رد الثمن على الأصيل فلا يجب على الكفيل [٢].

وذهب المالكية إلى أن الضامن يغرم الثمن حين الدرك فى غيبة البائع وعدمه [٣].

ب ـ منع دعوى التملك والشفعة:

٩ ـ ضمان الدرك للمشترى عند البيع تسليم

---

(١) حاشية الجمل ٣/ ٣٨٠، وبدائع الصنائع ٦/ ٩، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ٦٦٥ .

(٢) كشاف القناع ٣/ ٣٦٩، والشرقاوى على التحرير ٢/ ١٢١

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام١/ ٦٦٥، ٦٩٨ وما بعدها .

---

(١) بداية المجتهد٢/ ٢٩٦، وابن عابدين ٤/ ٢٦٤، وبدائع الصنائع ٦/ ١٠ والشرقاوى على التحرير ٢/ ١٢٢

(٢) مجمع الأنهر ٢/ ١٣٥، ودرر الحكام ١/ ٦٦٣،٦٦٤،وابن عابدين ٤/ ٢٨٢

(٣) منح الجليل ٣/ ٢٤٩ وانظربداية المجتهد ٢/ ٢٩٦ (نشر دار المعرفة).

من الضـامن بأن المبيع ملك البائع فيكون مانعـا لدعوى التملك والشفعة بعد ذلك، لأن هذا الضـمان لو كان مشروطـا فى البيع فتمامه بقبول الضامن فكأنه هو الموجب له ثم بالدعوى يسعى فى نقض ما تم من جهته، وإن لم يكن مشروطا فالمراد به إحكام البيع وترغيب المشترى فى الابتياع، إذ لايرغب فيه دون الضـمان فنـزل الـترغيب منـزلة الإقرار بملك البـائـع، فلا تصـح دعوى الضامن الملكية لنفسه بعد ذلك للتناقض [١].

وذهب الحنـابلة والشـافعية إلى أنـه إن ضمن الشفيع العهـدة للمشـترى لم تسقط شفعته، لأن هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالإذن فى البيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع [٢].

الـرهن بالـدرك:

١٠ - الـرهن بالـدرك هو: أن يبيع شيئـا ويسلمـه إلى المشـترى فيخاف المشترى أن يستحقه أحد، فيأخذ من البائع رهنا بالثمن لو استحقـه أحـد، والرهن بالدرك باطل، حتى إن المرتهن لايملك حبس الـرهن إن قبضه قبل الوجوب استحق المبيع أوْ لا، لأن الـرهن جعـل مشروعـا لأجل الاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب [١].

ونقل ابن قدامة الإجماع على عدم جوازه؛ لأنه يؤدى إلى أن يبقى الرهن مرهونا أبدا [٢].



(١) مجمع الأنهر ٢/١٣٣، والبحر الرائق ٦/٢٥٨، ٢٥٩، ودرر الحكام ١/٦٦٥

(٢) المغنى ٥/٣٨١

(١) العنـاية بهامش تكملة الفتح ٨/٢٠٦، وبـدائع الصنـائع ٦/١٤٣، ودرر الحكـام شرح مجلة الأحكام ٢/٨٢، والمغني لابن قدامة ٤/٣٤٦، وروضة الطالبين ١٠/٣٦١

(٢) المغنى ٤/٥٩٦

ضِيافــة

التعريــف :

١ ـ الضيافة فى اللغة مصدر ضاف، يقال: ضاف الرجل يضيفه ضيفا، وضيافة: مال إليه ونزل به ضيفا وضيافة، وأضافه إليه أنزله عليه ضيفا، وضيافة (١).

وفى الاصــطلاح: هي اســم لإكــرام الضيف ـ وهو النازل بغيره لطلب الإكرام ـ والإحسان إليه (٢).

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ القــراء :

٢ ـ القــراء من قرى الضيف قـراء وقـرى: أضافه إليه وأطعمه .

ب ـ الخفــر :

٣ ـ يقـال: خفر بالعهد يخفر إذا وفى به، وخفرت الرجل حميته وأجرته من طالبه، وخفر بالرجل إذا غدر به (٣).

(١) لسان العرب، المصباح المنير، ابن عابدين ٢/١٢١ .

(٢) القليوبي ٣/٢٩٨، حاشية ابن عابـدين ٢/١٢١، وحـاشية البجيرمي ٣/٣٩٢.

(٣) المصباح المنير.

جـ ـ الإجــارة :

٤ ـ الإجارة من أجار الرجل إجارة: إذا أمنه وخفر به، وعليه .

الحكم التكليفـى :

٥ ـ تعتـبر الضيافـة من مكـارم الأخلاق، وسنة الخليل عليه الصلاة والسلام والأنبياء بعده، وقد رغب فيها الإسلام، وعدها من أمارات صدق الإيمان (١).

فقد ورد عن النبى ﷺ أنه قال: «من كان يـؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه» (٢)، وعنه ﷺ: «لاخير فيمن لايضيف» (٣)، وقال عليه السـلام: «الضيافة ثلاثة أيام وجائزته يوم وليلة، ولا يحل لمسلم أن يقيم عند أخيه حتى يؤثمــه، قالـوا : يا رسـول الله وكيف يؤثمـه ؟ قال: يقيم عنده لاشيء له يقريه به» (٤).

وهى حق من حقــوق المسلم على أخيه المـسلم، وقــد ذهـب الحـنفية والمـالكية

(٤) إحياء علوم الدين ٢/١٢، ابن عابدين ٥/١٩٦ .

(٥) حديث: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه» أخرجه البخارى ١٠/٥٣٢ ومسلم ١/٦٨ من حديث أبي هريرة.

(٣) حديث: «لاخير فيمن لايضيف» أخرجه أحمد ٤/١٥٥ من حديث عقبة بن عامر، وأشار العراقى إلى تضعيفه فى تخريجه لإحياء علوم الدين ٢/١٢ .

(٤) حديث: «الضيافة ثلاثة أيام» أخرجه مسلم ٣/١٣٥٣ من حديث أبى شريح الخزاعى .

والشافعية إلى أن الضيافة سنة، ومدتها ثلاثة أيام، وهو رواية عن أحمد.

والـرواية الأخـرى عن أحمـد ـ وهـى المـذهب ـ أنها واجبـة، ومـدتهـا يوم وليلة، والكمال ثلاثة أيام. وبهذا يقول الليث بن سعد.

ويرى المـالكية وجـوب الضيافة فى حالة المجتاز الذى ليس عنده مايبلغه ويخاف الهلاك.

والضيافـة على أهل القرى والحضر، إلا ماجاء عن الإمام مالك والإمام أحمد فى رواية أنـه ليس على أهـل الحضر ضيافـة، وقال سحنـون: الضيافـة على أهل القرى، وأما أهل الحضر فإن المسافر إذا قدم الحضر وجد نزلا ـ وهو الفندق ـ فيتـأكد الندب إليها ولا يتعين على أهل الحضر تعينها على أهل القرى لمعان:

أحـدهـا: أن ذلـك يتكـرر على أهـل الحضر، فلو التـزم أهـل الحضر الضيافة لما خلوا منها، وأهل القرى يندر ذلك عندهم فلا تلحقهم مشقة.

ثانيها: أن المسافر يجد فى الحضر المسكن والـطعـام، فلا تلحقـه المشقـة لعـدم الضيافـة، وحكم القـرى الكبار التى توجد فيهـا الفنـادق والمطاعم للشراء ويكثر ترداد النـاس عليها حكم الحضر، وهذا فيمن لا يعرفه الإنسان، وأما من يعرفه معرفة مودة أو بينه وبينه قرابة أوصلة ومكارمة، فحكمه فى الحضر وغيره سواء [1].

آداب الضيافة:

آداب المُضيـف:

٦ ـ يستحب للمُضيف إينـاس الضيف بالحـديث الـطيب والـقـصص التى تليق بالحـال، لأن من تمام الإكرام طلاقة الوجه وطيب الحـديث عنـد الخـروج والـدخول ليحصل له الانبساط، ولا يتكلف مالا يطيق لقـولـه ﷺ: «أنـا وأتـقياء أمتى برآء من التكلف» [2] وأن يقول للضيف أحيانا: «كل» من غير إلحـاح، وألا يكثـر السكـوت عند الضيف، وأن لايغيب عنه، ولا ينهر خادمه بحضرته، وأن يخدمه بنفسه، وألا يجلسه مع من يتـأذى بجلوسـه أو لا يليق له الجلوس معه، وأن يأذن له بالخروج إذا استأذنه وأن

---

(١) عمـدة القـارى ٢٢/١١١، ١٧٣، ١٣/٨، وفتـح البـارى ٥/١٠٨، وفتـاوى قاضيخـان بهامش الهندية ٣/٤٠١، والمنتقى للبـاجى ٧/٢٤٢، ٢٤٣، نهاية المحتاج ٦/٣٧٦، الإنافه فى الصدقة والضيافة لابن حجر الهيثمى ص ٨٧، المغنى ٨/٦٠٣ (ط. الـرياض)، أحكـام أهـل الذمـة لابن القيم ٢/٧٨٣ وما بعدها.

(٢) حديث: «أنا وأتقياء أمتى...»
أورده الشـوكـانى فى الفـوائـد المجمـوعة ص ٨٦ وقال: قـال النووى: ليس بثابت. وقال فى المقاصد: روى معناه بسند ضعيف.

يخرج معه إلى باب الدار تتميما لإكرامه وأن يأخذ بركاب ضيفه إذا أراد الركوب.

آداب الضيف :

٧ - من آداب الضيف أن يجلس حيث يُجلس، وأن يرضى بما يقدم إليه، وألا يقوم إلا بإذن المُضيف، وأن يدعو للمضيف بدعاء رسول الله ﷺ بأن يقول: «أفطر عندكم الصائمون، وأكل طعامكم الأبرار، وَصَلّت عليكم الملائكة» (١).

مقام الضيف عند المُضيف :

٨ - من نزل ضيفا فلا يزيد مقامه عند المضيف على ثلاثة أيام، لقوله ﷺ: «الضيافة ثلاثة أيام، فما زاد فصدقة» (٢) لئلا يتبرّم به ويضطر لإخراجه، إلا إن الحّ عليه ربّ المنزل بالمقام عنده عن خلوص قلب فله المقام.

أكل طعام الضيافة :

٩ - يأكل المضيف مما قدم له بلا لفظ اكتفاء بالقرينة، إلا إذا كان المضيف ينتظر غيره من الضيوف، فلا يجوز حينئذ الأكل إلا بإذن المضيف، ولايأكل من الطعام إلا بالمقدار الذى يقتضيه العرف، مالم يعلم رضا المضيف، ولا يتصرف به إلا بأكل، لأنه المأذون له فيه، فلا يطعم سائلا، ولا هرة، وله أخذ مايعلم رضاه، لأن المدار على طيب نفس المالك، فإذا دلت القرينة على ذلك حلّ.

وتختلف قرائن الرضى فى ذلك باختلاف الأموال، ومقاديرها (١).

وصرح الشافعية: أن الضيف لايضمن ماقدم له من طعام إن تلف بلا تعد منه، كما لايضمن إناءه وحصيرا يجلس عليه ونحوه، سواء قبل الأكل، أو بعده، ولايلزمه دفع هرّة عنه، ويضمن إناء حمله بغير إذن (٢).

اشتراط الضيافة فى عقد الجزية :

١٠ - يجوز بل يستحب عند الشافعية: أن يشترط الإمام على أهل الذمة ضيافة من يمر بهم من المسلمين زائدا على أقل الجزية إذا صولحوا في بلدهم، ويجعل الضيافة على الغنى والمتوسط، لا الفقير، ويذكر وجوبا فى العقد: عدد الضيفان،

---

(١) حديث: «أفطر عندكم الصائمون...»
أخرجه أبو داود ٤/١٨٩ من حديث أنس، وصححه ابن حجر كما فى الفتوحات لابن علان ٤/٣٤٣.

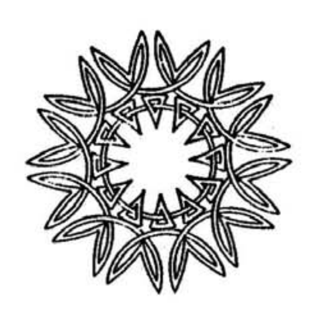
(٢) حديث: «الضيافة ثلاثة أيام...»
أخرجه البخارى ١٠/٥٣١ ومسلم ٣/١٣٥٣ من حديث أبى شريح.

(١) الفتاوى الهندية ٥/٣٤٤، إحياء علوم الدين ٢/١٢ وما بعده، حاشية البجيرمى ٣/٣٩٣، نهاية المحتاج ٦/٣٧٦، القليوبى ٣/٢٩٨، كشاف القناع ٥/١٨٠، مواهب الجليل ٤/٥.

(٢) حاشية البجيرمى على الخطيب ٣/٣٩٣ - ٣٩٤.

وعـدد أيام الضيافـة، وقدر الإقامة فيهم، وجنس الـطعـام، والأدم، وقدرهما، وعلف الدواب إن كانوا فرسانا، ومنزل الضيوف من كنيسـه، وفاضل مسكن، ولا يزيد مقامهم على ثلاثة أيام. والأصل فى ذلك: «أن النبى ﷺ صالـح أهل أيلة على ثلثمائة دينار، وعلى ضيافة من يمرّ بهم من المسلمين» (١).

فإن لم يشـترطها عليهم لم تجب عليهم، لأنه أداء مال، فلم يجب بغير رضاهم (٢).



(١) حديث أن النبى ﷺ: «صالح أهل أيله . . .».
أخرجه البيهقى ١٩٥/٩ من حديث ابن الحويرث مرسلا.

(٢) جواهر الإكليل ٢٦٧/١، البجيرمي ٢٣٦/٤، نهاية المحتاج ٩٤/٨ - ٩٥، القليوبى ٢٣٣/٤، المغنى ٥٠٥/٨.